

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Orden público y poder ejecutivo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Juan Antonio Porres Azkona**

**Madrid, 2015**

Rd. 54.423

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

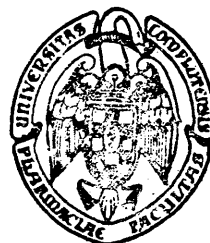
243

Facultad de Derecho

"ORDEN PUBLICO Y PODER EJECUTIVO"

Tesis presentada para la obtención  
del grado de Doctor, por el Lic. D.  
Juan Antonio Borres Azkona y dirigida  
por el Ilmo. Sr. Dr. D. Luis Sánchez  
Agesta, Catedrático de Derecho  
Político.

MADRID. 1976



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

i37825604

## Indice:

	pag.
INTRODUCCION .....	3
TITULO I	
<u>Orden público y derecho: los elementos del orden público</u> .....	35
<u>Capítulo I</u>	
. <u>Orden, ideología dominante y sistema social</u> .	
1.1.- La función de la ideología en un sistema social .....	43
1.2.- Los aparatos ideológicos de Estado: la teo- ría de Althusser .....	61
1.3.- Orden público e ideología .....	67
<u>Capítulo II</u>	
<u>Lo público y lo privado: ideología y po- der de intervención del Estado</u> ....	78
<u>Capítulo III</u>	
<u>Orden y legalidad</u> .....	92
3.1.- Perspectiva actual de la legalidad ....	95
3.2.- Técnicas jurídicas de defensa del orden = público .....	109



3.2.1.- Limitaciones a través de la ley .....	111
3.2.2.- El orden público como concepto jurídico indeterminado .....	120

## TITULO II

<u>La defensa del orden público: el orden público y el tráfico jurídico "privado"</u>	128
---	-----

### Capítulo I

#### Orden público y derecho civil

1.1.- El orden público como límite a la autonomía de la voluntad .....	138
1.1.1.- El concepto de autonomía y de igualdad ante el derecho civil .....	138
1.1.2.- La autonomía de la voluntad y el orden público ante el derecho civil .....	145
1.1.3.- Orden público, autonomía de la voluntad y ley imperativa .....	150
1.1.3.1.- Los primeros comentaristas del Código civil y su influencia posterior.	150
1.1.3.2.- Diferencias entre orden público y ley imperativa .....	154
1.2.- Función tuitiva del derecho y orden público	158
1.2.1.- La protección posesoria y el orden público material .....	161
1.2.2.- La defensa del "débil" y el tráfico jurídico .....	165
1.2.2.1.- Las incapacidades para contratar. Especial referencia al menor contratante .....	165

1.2.2.2.- La defensa de las expectativas de	=	169
derechos .....		169
1.3.- Función interpretadora del orden público	...	170
1.3.1.- Planteamiento .....		170
1.3.2.- Criterios de interpretación .....		174

## Capítulo II

### El orden público en derecho interna- cional privado

2.1.- El orden público en el proceso de descomposi- ción de la unidad jurídica: la defensa nacio- nalista del ordenamiento estatal .....	180
2.1.1.- El problema terminológico y la autonomía del orden público internacional .....	186
2.1.2.- Orden público y caracter personal o terri- torial de la ley .....	193
2.2.- El orden público y la tutela internacional de situaciones y derechos con conexiones interna- cionales .....	197
2.2.1.- La teoría de las normas de aplicación inme- diata .....	203
2.2.2.- Problemas actuales del orden público en = derecho internacional .....	209

### TITULO III

#### Orden público y aparato coactivo de Estado

##### Capítulo I

#### Orden público y policía administrativa

1.1.- Evolución histórica de la función de policía	238
1.1.1.- La policía como totalidad de la actividad estatal .....	240
1.1.2.- El Estado liberal: orden público material y policía de seguridad .....	249
1.1.3.- El Estado intervencionista y las policías especiales .....	264
1.1.3.1.- Aparición de las policías especiales	264
1.1.3.2.- Ampliación del concepto de orden público .....	274
1.2.- Concepto de policía administrativa .....	280

##### Capítulo II

#### Orden público y policía de seguridad.

#### Evolución de la legislación española

<u>(1812-1975)</u> .....	288
2.1.- Los inicios del régimen constitucional y la reacción absolutista (1812-1833) .....	295
2.1.1.- La recepción del término "orden público"	295
2.1.2.- La ley de 17 de abril de 1821 para la "breve sustanciación de las causas y -- pronto castigo de los delitos contra la seguridad del Estado" .....	302

2.1.2.1.- Carácter de la ley .....	303
2.1.2.2.- vigencia de la ley .....	309
2.2.- 1833-1869: la polémica entre legislación = preventiva (moderados) y legislación repre- siva (progresistas) .....	312
2.2.1.- La defensa armada del Estado: Milicia nacional y cuerpos armados .....	312
2.2.2.- El proyecto de ley de orden público de 1 de diciembre de 1851 (Bravo Murillo) .....	317
2.2.3.- Nuevos intentos de normas orgánicas. Deslegalización de la suspensión de = garantías .....	324
2.2.4.- El R.D. de 20 de enero de 1867 .....	328
2.2.4.1.- Medidas de policía .....	332
2.2.4.2.- Procedimientos y sanciones adminis- trativas .....	332
2.2.4.3.- valoración del Real Decreto ....	332
2.3.- La ley de orden público de 20 de julio de 1870 .....	336
2.3.1.- Concepto de orden público .....	340
2.3.2.- Suspensión de garantías y concentra- = ción de poderes .....	352
2.3.3.- Medidas de policía y sanciones guberna- tivas .....	357
2.3.3.1.- Declaración del estado de preven- = ción y alarma y del estado de gue- rra .....	357
2.3.3.2.- Sanciones gubernativas .....	359
2.3.3.3.- Procedimiento .....	362
2.4.- Las reformas de la Restauración .....	366
2.4.1.- Legislación contra el anarquismo ....	369
2.4.2.- orden público y movimiento obrero ...	378

2.4.2.1.- La sección de la internacional en = España .....	378
2.4.2.2.- La celebración del 1 de mayo de 1891 .....	389
2.4.3.- El Ejército y la ley de Jurisdicciones de 1906 .....	392
2.4.4.- El proyecto de ley de orden público de Primo de rivera .....	399
2.5.- La II República española	
2.5.1.- La ley de defensa de la república ....	406
2.5.2.- La suspensión de garantías en la Consti- tución de 1931 .....	411
2.5.3.- La ley de orden público de 28 de julio de 1933 .....	413
2.5.3.1.- El concepto de orden público .....	414
2.5.3.2.- Medidas de policía .....	418
2.5.3.3.- Procedimiento .....	423
2.5.3.4.- Sanciones gubernativas .....	425
2.6.- La legislación de orden público a partir de 18 de julio de 1936 .....	429
2.6.1.- La legislación de orden público en el bando nacionalista .....	431
2.6.2.- La ley de orden público de 30 de julio de 1959 .....	438
2.6.2.1.- Alcance del orden público .....	439
2.6.2.2.- valoración de la ley .....	447
2.6.3.- La declaración de suspensión de garan- tías .....	454
2.6.4.- La reforma de la ley de orden público = de 21 de julio de 1971 .....	459
2.6.5.- El Decreto-ley de prevención del terro- rismo de 26 de agosto de 1975 .....	462
2.7.- La idea de "orden público" en el Boletín de Documentación del Ministerio de Gobernación	470

### Capítulo III

#### El orden público como límite expreso al ejercicio de determinados derechos. Es- tudio jurisprudencial

3.1.- La libertad de prensa e imprenta .....	479
3.2.- La libertad religiosa .....	497
3.3.- La libertad de circulación y el derecho al pasaporte .....	504

### Capítulo IV

#### Orden público y plusvalías políticas adi- cionales al ejercicio legal del poder .....

.....	509
4.1.- Los privilegios administrativos .....	513
4.1.1.- Presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos .....	513
4.1.2.- El control del procedimiento de revi- sión y las garantías constitucionales..	522
4.1.2.1.- El recurso administrativo .....	524
4.1.2.2.- Remisión del expediente por la Admi- nistración y control del contencioso administrativo .....	531
4.2.- El trámite de previa audiencia y las sancio- nes administrativas de orden público .....	533
4.2.1.- El trámite de previa audiencia y las ga- rantías de la libertad .....	534
4.2.2.- El trámite de previa en el derecho espa- ñol .....	538
4.2.3.- El alcance del art. 19 del Fuero de los Españoles .....	544
4.3.- El control de la función legislativa .....	559

4.4.- La suspensión de derechos y el estado de excepción .....	569
4.4.1.- Significado de la asunción de poderes extraordinarios .....	575
4.4.2.- Condiciones de entrada en vigor del estado de excepción .....	581
4.4.2.1.- Condiciones de fondo .....	581
4.4.2.1.1.- Grave amenaza para el orden público .....	581
4.4.2.1.2.- Insuficiencia de las facultades ordinarias .....	582
4.4.2.2.- Garantías ante la declaración del = estado de excepción .....	583
4.4.2.2.1.- Prohibición de revisar la Constitución .....	585
4.4.2.2.2.- Inderogabilidad de las garantías procesales y jurisdiccionales .	587
4.4.2.2.3.- Limitación en el tiempo .....	589
4.4.3.- Control del estado de excepción .....	593
4.4.4.- El caso español .....	600
4.4.4.1.- Planteamiento general .....	601
4.4.4.2.- Control del estado de excepción ..	608

## Capítulo V

### Limitaciones al ejercicio de las facultades sancionadoras de la =

Administración ..... 612

5.1.- El alcance del art. 1 de la ley de orden = público de 1959 .....	614
--	-----

5.2.- El principio de legalidad .....	615
5.2.1.- El sentido del término legalidad .....	616
5.2.2.- El principio de legalidad y la reglamenta ción de policía .....	618
5.2.3.- El principio de legalidad y los concep tos jurídicos indeterminados .....	620
5.2.3.1.- Los conceptos jurídicos determina dos y las garantías del administrado .....	621
5.2.3.2.- Las potestades sancionadoras de la Administración .....	625
5.2.3.3.- Fiscalización jurisdiccional de con ceptos jurídicos indeterminados ..	632
5.3.- Principio de defensa de la libertad .....	636
5.4.- Principio de proporcionalidad .....	640
5.5.- Principio de igualdad .....	644
5.6.- Otros principios .....	645

## Capítulo VI

<u>Orden público y Derecho penal</u> .....	648
6.1.- El bien jurídico protegido .....	652
6.2.- Tipicidad-antijuricidad .....	657

## TITULO IV

<u>Concepto y caracteres de orden</u> <u>público</u> .....	674
CONCLUSIONES .....	684
BIBLIOGRAFIA .....	699



## INTRODUCCION

## 1.- La especificidad del Derecho y del Orden Público

Hernández Gil (1) ha resumido así las concepciones fundamentales sobre el Derecho: a) iusnaturalista; b) histórico-sociológica; c) lógico-formal. La primera -- descansa de un modo u otro en los planteamientos del Derecho Natural, ya de base teológica -- la ley natural como -- participación de la divina -- ya de base racionalista, ya -- existencialista...; la concepción histórico sociológica -- se basa en la ruptura de la dualidad derecho natural-derecho positivo: no hay más derecho que el positivo, el que sea uno u otro el contenido depende: del pasado como expresión del espíritu de un pueblo (escuela histórica), -- del conjunto de los hechos o de las realidades sociales -- (escuela sociológica), de la organización económica de la producción en la sociedad capitalista burguesa (materia--

---

(1) "Introducción al estudio del estructuralismo y del Derecho" en el volumen colectivo, "Estructuralismo y Derecho", Alianza Universidad, Madrid, 1973, págs. -- 31 y sigs., en especial, págs. 33-39.

lismo histórico) o de la clase gobernante (neomexicismo)" (2); en tercer lugar la concepción positivista de signo -normativista "que en su manifestación más acabada es lógico-formal, se desentiende por completo del contenido para atenerse sin más a su efectiva vigencia estatalmente establecida. O el jurista acepta cualquier norma dada como derecho en su contenido y en su forma (dogmática jurídica)= o el jurista persigue la descripción de la norma abstraída del contenido y atendida sólo al esquema supuesto-consecuencia (teoría pura)" (3).

El planteamiento de Hernández Gil, expresamente reconocido, se encamina a la búsqueda de la especificidad de lo jurídico, esto es, la posibilidad de "independizar" lo jurídico del juego de otras relaciones o de la posibilidad de "abstraer" lo estrictamente jurídico de la maraña de otros elementos. En este sentido llega a afirmar: - "La variabilidad social-política e ideológica con reflejo en las normatividades, es de ritmo más rápido y no totalmente coincidente con la variación jurídica. La estructura jurídica puede permanecer como invariante, aunque sean profusos e incluso profundos los movimientos social-políticos-normativos. A la formulación del concepto de propiedad por el art. 348 del Código civil contenida en los términos de que es "el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes", le subyace una estructura claramente demostrativa de nuestro aserto. Es una combinación de poderes y limitacio

---

(2) Hernández Gil, O.c., pág. 33

(3) Ibidem.

nes; éstas no aparecen enunciadas. Sólo se exige que procedan de las leyes. Siempre que las limitaciones no excluyan por completo los poderes, aunque los reduzcan en un grado máximo, la estructura susiste. Es indiscutible que con el transcurso del tiempo las limitaciones legales del derecho de propiedad se han multiplicado e intensificado sobre todo respecto de cierta clase de bienes; y, sin embargo, frente a un gran cúmulo de variantes alentadas social y políticamente, permanece en pie la invariante estructural" (4).

Junto a este primer interrogante y haciendo aún más acuciante la respuesta podemos constatar la exagerada regionalización y marginación de la ciencia del Derecho,= que ha tenido especiales consecuencias en materia de orden público; así las peculiaridades técnicas han llegado a presentar el orden público como un concepto polivalente. La conclusión última de Hernández Gil es que el camino y la solución puede encontrarse en el estructuralismo (5), a pesar de todas las críticas habidas y, en particular, la crítica neo-marxista que han calificado al estructuralismo de

---

(4) Ibidem. pág. 40

(5) "Parece por todo lo dicho (la crítica de los métodos anteriores) que no sólo hay razones para pensar en un análisis estructural jurídico, sino que incluso la oportunidad es propicia" (O.c. pág. 38), aunque solo se atreve a señalar que este "puede ser el camino" (O.c. -- pág. 39; el subrayado es mío).

neo-formalismo con lo que se corre el riesgo de caer en -- los mismos defectos por otros caminos (6). De todos modos, la primera pregunta que debemos hacernos es si tiene sentido aislar lo jurídico.

Al margen de la razón o sin razón de las distintas concepciones sobre el Derecho y sobre los distintos aparatos técnico-jurídicos que aquellas han determinado, es evidente su regionalización a medida que la sociedad se hacía más compleja y las primitivas técnicas del Derecho privado eran incapaces de calificar y regular las nuevas relaciones. Si la unidad técnica del primitivo Derecho era reflejo de la simplicidad de las relaciones, la diversidad teniía que ser reflejo de una ruptura de dicha unidad. Los árg

- 
- (6) No entramos en cuestiones de fondo como el problema que plantea Sartre de que con el estructuralismo "es el marxismo a quien se apunta. Se quiere crear una nueva ideología, una última barrera erigida por la burguesía contra Marx". Las distintas posturas ante la acusación del filósofo francés están presentes, por ejemplo, en las discusiones organizadas por la "Revista "Raison Présenté" en la Sorbona en febrero de 1968 con participación de Labrousse, Lefebvre, Soboul, Martinet, Zazzo... (publicadas en España: "Las estructuras y los hombres" -- (trad. Manuel Sacristán), Ed. Ariel, Barcelona, 1968).

boles han llegado a ocultar el bosque. El Estado y el Derecho, como la realidad social que refrendan y organizan, son un todo en el que evidentemente pueden diferenciarse= estructuras y subestructuras regionales, pero sin olvidar que estas desempeñan un papel funcional en la totalidad - del sistema jurídico. A su vez el Derecho es una variable más, un aspecto peculiar del análisis de un sistema social que, por tanto, debe ser comprendido desde la totalidad.= Como señala Jakubowsky, "la pérdida de la totalidad del - conocimiento significa que la realidad no puede ser com== prendida de manera adecuada en su verdadero movimiento. - Los diferentes momentos de la vida social toman así la -= forma de hechos parciales, de cosas independientes que no pueden estar vinculadas entre sí sino por la reflexión. A parecen así como entidades suprahistóricas y son captadas de manera estática en lugar de ser comprendidas en su i-- ninterrumpido fluir" (7). Olvidando la totalidad cualquier

---

Creo, de todas maneras, en la validez de la crítica - hecha por Della Volpe al calificar al estructuralismo como nuevo formalismo y al señalar frente a Levi Strauss que la Antropología estructural -el juicio puede exten- derse al Derecho estructural- y su pretensión de "des- pertarse a la hora del juicio final entre las ciencias naturales" puede convertirla en una ciencia no-humana= ("Crítica de la ideología contemporánea", Comunicación, Madrid 1970, págs. 159-161.

análisis queda reducido a una suma o yuxtaposición de -  
datos sin más unidad que la que es reflejo de la propia  
subjetividad personal.

Como señala Poulantzas, "el orden jurídico es  
total constituye un todo coherente pero no un todo in--  
ductiva o deductivamente organizado lógicamente; consti-  
tuye una totalidad dialéctica de sentido, comprendiendo  
contradicciones, altibajos, tensiones pluridimensionales  
entre los conjuntos que la estructuran" (8). Para este-  
autor la especificidad del Derecho se basa en que la --  
"formalidad y la abstracción de los valores de la liber-  
tad y de igualdad, conjugados en el valor particular de  
calculabilidad y previsibilidad constituyen los factores  
de estructuración de la especificidad actual del comple-  
jo de las normas jurídicas estatales" (9). La abstracción  
supone la ruptura consciente con lo real-concreto siendo  
este dato el elemento específico del nivel jurídico y es

---

(7) "Las superestructuras ideológicas en la concepción -  
materialista de la historia", Comunicación, Madrid -  
1970, pág. 176.

(8) "Hegemonía y Dominación en el Estado moderno", Cuader-  
nos del Pasado y del Presente, Ed. Siglo XXI de Argen-  
tina, Córdoba 1973, pág. 33.

(9) Poulantzas, O.c. pág. 27

tatal actual. Desde la racionalización liberal, el Derecho se justifica como vehículo de la libertad y de la igualdad en la medida en que las contraposiciones abs--tracto-concreto, general-particular, formal-material, -intemporal-temporal... eliminan los elementos de lo concreto y lo temporal, de aquí "resulta para el Derecho y el Estado actuales una sistematización fenoménicamente=coherente, muy estricta y compleja, según las reglas de la lógica normativa formal, basada en la independenciam-reificada de las formas y de los conceptos con respecto al contenido y a los datos materiales, o sea una axiomatización formal del Derecho y de las instituciones estatales" (10), para Jakubowsky la reificación y cosificación de las relaciones ha sido el resultado de "la sustitución y el rechazo de todas las relaciones orgánicas tradicionales por las relaciones reguladas jurídicamente" (11). En este sentido el orden público es la expresión jurídica, por tanto abstracta, reificadora... del interés general, estructurado a su vez en la abstracción y reificación del interés del hombre concreto.

El Derecho se caracteriza así como creación idealista y como creación ideológica. El método lógico=formal, la abstracción y cosificación de las relacio---

---

(10) Ibidem. págs. 28-29

(11) Jakubowsky, O.c. pág. 172



nes, la ruptura con lo real-concreto..., todo ello resul  
tado de la función ideológica del Derecho, constituyen -  
las variables fundamentales de su "especificidad". La ==  
cuestión radica ya en el método de análisis de la "espe-  
cificidad" de lo jurídico y de la ideología jurídica, --  
que deberá hacerse siempre en referencia a las relacio==  
nes dialécticas concretas entre la especificidad formal=  
y abstracta y la base material-real. Lo que decimos del=  
Derecho y el Estado podemos decirlo, en idénticas pala==  
bras, de cada institución; "a fortiori" del orden como -  
categoría que incorpora en sí la función general del De-  
recho y del Estado. Desde el Estado, el orden es siempre  
público. Hablar de público y de privado -orden público-or=  
den privado o, desde otra perspectiva, institución públi=  
ca-institución privada, lugar público-lugar privado, de-  
rechos públicos-derechos privados, Derecho público-Dere-  
cho privado... como realidades contrapuestas puede supo-  
ner un intento de mixtificación o el deseo de ocultar nue=  
vamente las auténticas relaciones que se desarrollan en=  
toda formación social. De lo que no cabe duda es que son  
el Derecho y el Estado, como poder organizado y organiza=  
dor, quienes les dotan de sentido en la unidad del orde-  
namiento. Siempre podremos preguntarnos por qué en el Es=  
tado capitalista el derecho de propiedad es un derecho ==  
privado y no un derecho público o por qué el Derecho ci==  
vil se clasifica como Derecho privado. La distinción es=  
siempre metajurídica.

El análisis interno-externo que trazamos, tal y como lo propone Poulantzas, supone partir de la existencia de un sistema (el Derecho) formalmente coherente de reglas, sustituciones y jerarquías de poderes (punto de vista interno) al servicio de intereses concretos, o cultos en el interés general e impuestos por la fuerza= del Estado (punto de vista externo), así "toda norma o= institución particular, generada a partir de los datos= concretos de la base (punto de vista externo) será integrada allí adoptando los caracteres específicos de este universo e insertándose en su funcionamiento propio == (punto de vista interno)" (12). Sin olvidar que la cohe= rencia del Derecho no es solo formal, sino, ante todo,= coherencia de sentido. El carácter abstracto y formal - de la norma cumple una función de reproducción del sis= tema social no solo ocultando ideológicamente lo real - sino también estableciendo al mismo tiempo un cálculo - de previsibilidad de dicha reproducción. Así la norma y el concepto se relacionan con lo real-concreto a la vez que con la totalidad del sistema.

Desde esta perspectiva el orden público inser= to en la totalidad del Derecho refleja en sí mismo la -

---

(12) Poulantzas, "Hegemonía y dominación en el Estado + moderno", pág. 31

totalidad del sistema, al tiempo que como concepto diferente de otros conceptos cumple funciones peculiares de coherencia y reproducción del sistema.

La función general de coherencia y reproducción la desarrolla el orden público de doble manera: a) ocultando ideológicamente los intereses reales en el interés general, a través del lenguaje de la abstracción (los intereses de todos los grupos y de todas las clases no pueden ser otros que los intereses tutelados abstractamente) y b) imponiendo por la fuerza del Estado y el Derecho los intereses del hombre abstracto a todos los grupos y a todas las clases.

El orden público cumple en el campo del Derecho la función de "cemento de la formación social" que Gramsci atribuía a la ideología. No significa esto que el Derecho no sea ideológico, al contrario, lo es por su propia naturaleza, pero el orden público como la moral y como todos los conceptos jurídicos indeterminados, por un lado tratan de dar coherencia dentro de la unidad del sistema jurídico a los altibajos, lagunas, contradicciones técnicas, reales o aparentes, etc. que puede presentar el Derecho; por otro plantean en cada momento, en una función más amplia de coherencia y ocultación de los intereses reales de los grupos dominantes, las variaciones producidas en la ideología dominante. Así no nos interesa tanto cómo se manifiestan ideologías concretas, históricamente diferenciadas (las co

sas eran así y ya no lo son) cuanto la manera como trata= de ocultarse la ideología dominante y el modo como presta coherencia en cada caso, esto es el modo como se adapta a las transformaciones del sistema social.

## 2.- Problemas generales del análisis del orden público

Ya en 1901 señalaba Conde y Luque en sus "Oficios del Derecho Internacional privado", "hora es ya de aclarar un concepto que desempeña tan importante papel en --- nuestra ciencia"; lo que es cierto en Derecho Internacional, desde la perspectiva constitucionalista adquiere un carácter más relevante. Los textos de los primeros liberales y las constituciones liberales, ya desde las primeras -pueden servir de ejemplo las constituciones francesas de 1791 y 1793 y la española de 1812-, centran las -- competencias del poder ejecutivo en el mantenimiento del orden público. Así Lorenzo Martín Retortillo, el autor -- que más ha estudiado en España el tema del orden público, dirá que "el orden público constituye un tema clásico en cualquier teoría general sobre el poder público, que el - estudioso de la Administración no puede ni desconocer ni despreciar. Es, sin duda, un tema clave en el estudio del Derecho administrativo. Este poder penalizador no judicializado atribuye una impronta de relieve a la Administra-- ción que lo detenta" (13). Y, sin embargo, pocos conceptos

---

(13) "Las sanciones de orden público en Derecho español", Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 22.

jurídicos han sido menos estudiados.

La naturaleza histórica e ideológica del concepto -Pillet dice que está impregnado de actualidad-; - las diversas técnicas jurídicas en que se apoya; las peculiaridades de los Estados y de los sistemas jurídicos nacionales; el intervencionismo estatal y la creciente - publicación del Derecho; los esquemas de la vida internacional en los que todavía destaca como dato primordial la soberanía de los Estados... son, entre otros, los elementos que han complicado tradicionalmente el análisis.= El orden público se ha convertido así, junto a otros conceptos jurídicos indeterminados, en un recurso para acotar la realidad apreciado intuitiva y no reflexivamente. El mismo L. Martín Retortillo lo califica de "cajón de - sastre" y Aubry llegó a decir que el orden público era - al Derecho como la enfermedad de los nervios para la Medicina, un recurso siempre válido en la medida en que es desconocido.

En el orden público se incluía y se sigue incluyendo en muchas ocasiones todo lo que no se sabe definir de otro modo y que puede afectar a cuestiones como - seguridad, tranquilidad, paz general..., ejercicio pacífico de derechos... irrenunciabilidad de derechos..., - ley imperativa..., territorialidad de la ley... y todo ello mezclado sin aparente unidad con autodefensa del Estado y de sus formas políticas... Las diversas técnicas=

jurídicas y la variada y cambiante solución de los conflictos hicieron perder de vista la unidad del Derecho, al predominar los aspectos técnicos y coyunturales sobre la propia estructura del Derecho como reflejo de la organización social y de sus formas ideológicas.

A partir de las primeras concepciones liberales,= el orden público se convierte en el centro del poder ejecutivo. Como ha señalado García de Enterría en "Revolución - francesa y administración contemporánea", "la estructura y contenido del Estado que postulan estas concepciones básicas es elemental y se resume en este esquema simple: leyes, Tribunales y orden público. El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad. Por razón de este= objeto, la aplicación de estas leyes se realiza a través - del propio actuar libre de los ciudadanos y basta montar - un sistema de Tribunales que en caso de litigio entre dos= libertades encontradas decidan la aplicación controvertida. Finalmente, en sostenimiento de la efectividad de la Ley y de las sentencias, el Estado organiza un orden coactivo, - un aparato policial limitado a esa labor de respaldo de la ley y que cierra la construcción del conjunto. El Estado ofrece, pues, un marco puramente formal dentro del cual la= sociedad vive de su propio dinamismo espontáneo, por la propia concurrencia indefinida de las libertades de sus miembros" (14). La defensa del orden público, como defensa de=

---

(14) "Revolución francesa y administración contemporánea"-  
Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 20-21.

la libertad, es el principio que legitima la intervención de los aparatos de poder. Aunque la defensa del orden público va a experimentar grandes modificaciones, este sentido-justificación a la intervención y límite al ejercicio de los derechos- se va a mantener como característica permanente.

Aquel primitivo esquema liberal, perfilado por Locke y Montesquieu, quedó truncado en su desarrollo posterior en el Continente europeo. Como observa García de Enterría, el poder ejecutivo que gira alrededor de la función de ejecución de la ley y las sentencias y de defensa del orden público va a alumbrar una nueva realidad, la Administración, substantivada en un sujeto real y verdadero, autosuficiente en virtud de ciertos mecanismos técnicos que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. La Administración es un sujeto que actúa, como cualquier sujeto, persiguiendo multitud de fines no limitados, por supuesto, al simple respaldo coactivo de las leyes y las sentencias - (15). El orden público se ampliará progresivamente; en un primer momento, resulta del ejercicio de la libertad en la medida en que dicho ejercicio no daña el ejercicio de la libertad de otro o la seguridad del Estado, en consecuencia, el poder del Estado sólo puede actuar "a posteriori", cuando el desorden se ha producido, sin que quepa establecer ninguna limitación a la libertad. La evolución de este esquema liberal primitivo, la objetivación del poder ejecuti

---

(15) Ibidem, págs. 94-95

vo, en quien se concentran los privilegios e inmunidades atribuídos al Rey en el antiguo Régimen, y el triunfo de las tesis conservadoras frente a la idea progresista del carácter ilegislable de los derechos afectará directamente a las ideas de poder y libertad y, en consecuencia, a los perfiles del orden público como competencia del Ejecutivo. La libertad no es "natural" sino que, y cada vez en grado mayor, se es libre por la ley: la ley, instrumento del grupo en el poder, define el marco de la libertad, la limita. Igualmente la tutela del orden no es desempeñada solo por el poder ejecutivo, sino también por el Parlamento y los Tribunales; pero, frente a las garantías formales del proceso de creación y aplicación de la ley, el Ejecutivo actúa en el marco de sus inmunidades y, con frecuencia, en base a llamadas indeterminadas de la ley. Al tiempo que la libertad se limita por la ley, el orden público, como función, se amplía: no se trata solo de prevenir el desorden, cuando se presenta dotando al órgano --- competente de un cuadro de medidas, sino también de crear unas condiciones de vida en que el desorden no se produzca.

El orden público se constituye así, en el fin fundamental del poder, pero el orden ya no será resultado del pacto sino de la aceptación de la ley, definida ésta desde los órganos de poder y el orden acaba identificado con la misma ley y con los intereses de los titulares del poder. La evolución histórica de su contenido material es más explícita que cualquier apreciación teórica. Así, las



discusiones habidas a finales del siglo XIX en Europa - sobre la Internacional de trabajadores son la mejor prueba de lo que decimos: el orden burgués defendido desde - las leyes elaboradas por la burguesía y aplicadas por la propia burguesía chocan con los intereses del proletariado y con el nuevo orden que la clase obrera trata de es- tablecer (16).

En el mismo sentido podemos hablar del papel - que el orden público desempeñaba y desempeña en el campo de las relaciones "privadas". No es casualidad que civi- listas e internacionalistas hayan tendido a identificar= orden público y ley imperativa, limitando el campo de la= autonomía de la voluntad, por tanto de la libertad frente a los intereses de la seguridad del tráfico jurídico o - las concepciones dominantes del Estado plasmadas en la - ley. Los planteamientos internacionalistas basados en la

---

(16) A este respecto no supone dificultad que la discu=sión se centre en España en torno al concepto de "moral pública" que la Constitución de 1869 señalaba '= como límite al derecho de asociación. Hacía tiempo - que el progresismo de 1868 había sido arrumbado, a - lo que no era ajeno el protagonismo de Sagasta desde el Ministerio de la Gobernación. Así no suponía ma=yor dificultad limitar el derecho de asociación en base al orden público o a la moral pública. Incluso hoy en día los argumentos pueden ser intercambiables. Am- bos son conceptos jurídicos indeterminados.

distinción entre "norma de aplicación inmediata" y "no---  
ción de orden público" suponen un intento válido de conju  
gar los aspectos nacionales con la solución internacional=  
de los conflictos pero todavía mantienen la perspectiva -  
de la ley imperativa y la supremacía de las concepciones=  
políticas nacionales. Ahora bien la identificación orden -  
público y ley imperativa supone, hasta cierto punto, una=  
garantía de la seguridad jurídica cuando se regulan rela-  
ciones "privadas"; por el contrario, las llamadas indeter  
minadas al orden público en el marco de una técnica inde-  
terminada que justifica y hace presente la intervención -  
del Poder ejecutivo puede suponer el mayor peligro para la  
libertad y la seguridad al actuar la Administración desde  
sus inmunidades y privilegios.

Sin embargo, de la misma manera que el orden pù  
blico -como fin del Estado- se presenta como límite al e-  
jercicio de los derechos, en la misma manera debemos enten  
der que el orden público es también un límite al ejercicio  
del poder. No se puede afirmar como hace De la Morena que=  
"el orden público sólo puede ser perturbado por los adminis  
trados pero nunca por las autoridades, organismos o insti-  
tuciones en el ejercicio de sus atribuciones propias (lo -  
que ocurrirá es que con frecuencia se extralimitarán de e-  
sas sus atribuciones propias con pérdida de las prerrogati  
vas propias)" (17), a no ser que queramos convertirlo<sup>en</sup> cláu

---

(17) "¿Qué es el orden público", Boletín de Documentación=

sula de desmanes administrativos, en base a que la Administración no puede perturbarlo. La Administración solo puede intervenir para restablecer el orden y en este sentido la solución solo es una y reglada. Cuando hablamos de que, -- por ejemplo, determinadas cláusulas del procedimiento son de orden público, v. gr. el trámite de previa audiencia, o de que el orden público limita el ejercicio de la libertad religiosa, está claro que no respetar el procedimiento o impedir el ejercicio de la libertad incluso en el ejercicio de atribuciones propias puede suponer un atentado al orden público. El orden público, al limitar el ejercicio de los derechos, limita también el ejercicio del poder. -- Desde el punto de vista de la Administración, como veremos más adelante, su poder de intervención en base al orden público no concede facultades discrecionales. Las posibilidades administrativas no son varias, sino solo una: aquella que evita el desorden.

El orden público se presenta así como criterio-límite y como criterio indeterminado de los campos del poder y la libertad. La dimensión de límite al ejercicio del poder se ocultará ideológicamente en la dimensión conservadora del poder neutro. Eliminar de este análisis el carácter ideológico del orden público equivaldría a anular de raíz cualquier tipo de conclusiones o a defender el orden por el orden.

En una primera apreciación el orden público resulta inmerso en el seno de dos grandes paradojas. Por un lado, como límite a la libertad equivale a su defensa, pero al ser asumida desde los aparatos de Estado cumple primordialmente el papel de defensa de estos aparatos. En segundo lugar, a pesar de la actualidad (18) del concepto de orden público (Pillet) -Mónaco dice que "esta vaguedad y elasticidad lejos de ser consecuencia de un defecto de elaboración del concepto, son caracteres del concepto mismo" (19)-, tradicionalmente el orden público ha tenido un contenido bien determinado identificado con el orden establecido y, en este contraste, su tratamiento técnico se ha puesto al servicio de la defensa de dicho orden jurídico -establecido lo que le ha dotado de un contenido típicamente sancionatorio.

---

- (18) Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se ha insistido en el carácter jurisprudencial del concepto, por su mismo carácter indeterminado, elástico y actual es la jurisprudencia quien ha ido matizando su contenido. Así dice Doral: "la jurisprudencia tiene que jugar de nuevo su papel configurador. Pero no entendida como vasallaje a la ley sino como expresión viva de la dinámica social. De este modo dada la intercomunicación de las colectividades, la jurisprudencia no puede perder de vista el alcance a la vez nacional e internacional de sus criterios y decisiones". "La noción de orden público en Derecho civil español", EUNSA, Pamplona, 1967, pág. 125.

Si pensamos que el orden público contiene en sí, por un lado, un modo de apreciar y entender la vida, el hombre, la sociedad y la política, que su contenido gira en -- torno a un determinado modo de ejercer los derechos y de tutelarlos eficazmente a fin de asegurar, mantener y potenciar la paz social, la clave del caracter sancionador y represivo la tenemos en el otro polo de la tutela y defensa del orden: la defensa del poder y de las instituciones en que se hace -- presente se configura igualmente como contenido del orden público, llegando incluso a primar este segundo aspecto sobre el primero. El marcado acento en la tutela por los órganos -- del Ejecutivo ha dado como resultado que dicha función resalte más los aspectos de autodefensa de los poderes establecidos, aunque estos lleguen a violar el orden público, que la -- defensa de la paz, la libertad y la igualdad entre los hom--bres. Basta una lectura somera de las normas que desarrollan esta función para ratificarnos en este convencimiento. A e--lo ha contribuido también, en numerosas ocasiones, la propia actitud de la jurisprudencia. Los jueces han caminado por la vía fácil de identificar el orden público con la ley prohibitiva, caso del Derecho privado, o con la defensa de los aparatos de Estado en materia penal y administrativa, aparte -- que los jueces han sido instrumentalizados en esta materia -- al servicio de los intereses de los grupos y los titulares --

---

(19) "L'efficacia della legge nello spazio", 2ª ed. Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1964, pág.100

en el poder. Pensemos que la ley ha configurado en muchos casos, las actuaciones del poder ejecutivo como actos políticos o, lisa y llanamente, ha excluído por norma expresa el recurso ante los Tribunales y que la normativa represiva de orden público incluye siempre determinadas modificaciones procesales que, al pretender acortar el procedimiento y permitir así que la sanción sea ejemplar, supone normalmente una merma de las garantías ciudadanas.

Ahora bien, el orden público no es un conjunto deslabazado de técnicas; sobre la propia técnica juega un papel fundamental su dimensión ideológica que le dota de unidad, contenido y sentido. El orden público, como categoría abstracta y concreta a la vez, supone dentro de un sistema social dado, ya la ausencia de conflictos, ya un principio de legitimación y justificación a la intervención de los órganos del Estado tratando de solucionar el conflicto. El orden es en sí mismo resultado de lo que se entiende por ausencia de conflictos; la justificación a intervenir ante el desorden resulta del mismo entendimiento. Desde sus dimensiones ideológicas, no interesa tanto al analizar una categoría jurídica, o el Derecho como categoría, optar por un tipo u otro de solución de conflictos, cuanto describir cuál es el papel de la ideología en el Estado. Es una tarea de desvelamiento más que de opciones; en este sentido, la ideología al legitimar y justificar una organización social concreta y un concreto tipo de ejercicio del poder, oculta concretas situaciones de -

supremacía. Si esto es cierto en el campo de las relaciones de poder político-subordinación política lo es también en lo relativo a las llamadas relaciones privadas; bastaría con pensar a este respecto la adaptación producida en el entendimiento de la libertad de contratación en un sistema de intercambio de dinero y mercancías dominado por los monopolios: la igualdad de las partes contratantes -origen y fin de la regulación de los contratos y componente primordial del orden público en esta materia- desaparece doblada a los intereses del desarrollo capitalista, sin que se entienda que esta evolución supone un atentado al orden público o al interés público, lo que indica que el orden público defiende otros intereses. Y los ejemplos podrían extenderse.

Las dimensiones ideológicas del orden público no han sido olvidadas ni por la doctrina, hemos tenido oportunidad de verlo, ni por la propia jurisprudencia. Así el propio Tribunal Supremo español señala en sentencia de 5 de abril de 1966 en su considerando segundo que "el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la consecución del orden social en un pueblo y en una época determinada". Lo que hace la Jurisprudencia es analizar este carácter ideológico del orden público en contraste con la formación social en que se desarrolla. Como hemos señalado lo ideológico, desde el Estado, supone un pri

cipio de legitimación del ejercicio del poder; esto es - lo que añade el calificativo público al sustantivo orden, lo público se presenta como elemento de unificación y de - ordenación de la convivencia, subsumiendo lo particular en lo común jurídico.

De todos modos y en el campo de las relaciones - de poder vamos a encontrar un nuevo dato aparentemente para - dójico también. Un cambio político, un cambio en la titularidad del poder y de sus plusvalías (esa prima supralegal - sobre la titularidad legal del poder de que habla Schmitt - que se concreta a este respecto en la posibilidad de modificar la ley o de interpretar conceptos jurídicos indeterminados), no supone necesariamente cambios en las técnicas de - defensa del orden. En términos generales el orden puede entenderse de modo diferente, pero su defensa puede tener el mismo cuadro de normas con lo que el ejercicio de la represión o la prevención cambian de destinatario pero no de contenido. Basta pensar que la ley de orden público de 1870 - mantiene su vigencia hasta 1933 -la propia ley de Defensa - de la República de 1931 es sólo una modificación de la ley de orden público de 1870, al servicio de los nuevos gobernantes y de la nueva forma de gobierno- y que la ley de --- 1933 está en vigor hasta 1959 con modificaciones puramente terminológicas.

El orden público es así el resultado de la aplicación de determinadas técnicas esgrimidas por los titulares del poder a fin de solucionar los conflictos que se presen-



tan como violación del orden establecido, interpretado este orden desde las prácticas ideológicas de los propios titulares del poder. La justificación de la intervención del poder es así también un problema de análisis crítico de la legalidad, no sólo de la norma en concreto sino igualmente del proceso de creación; como tal, la legalidad debe ser analizada a la luz del Estado de Derecho y la repulsa de la arbitrariedad. El análisis crítico de la legalidad debe -- poner de manifiesto los riesgos para la libertad. En este punto los límites de la intervención, y de la legalidad -- que la objetiva, no son otros que las garantías ciudadanas.

El estudio de la legalidad no puede reducirse a sus meras dimensiones formales. La legalidad solo puede ser analizada desde las fuerzas que la producen y los órganos a los que se atribuye la función de creación de la norma. Así la legalidad deja de ser expresión de la voluntad del Parlamento para ser expresión de la voluntad del grupo dominante (en igual medida podemos decir con Schmitt que la voluntad del partido que gana las elecciones se convierte en voluntad del Estado) que se plasma, desde la división funcional que consagra la Constitución, en el Parlamento o en el Gobierno, si bien la supremacía de éste sobre aquel -- control del orden del día parlamentario, monopolio real de la iniciativa legislativa...- añade un dato que no puede olvidarse e materia de orden público, teniendo en cuenta que su tutela y defensa se encomienda de modo fundamental a órganos del Ejecutivo. Si la interpretación de conceptos jurídicos inde-

terminados o la declaración del estado de excepción es una plusvalía política adicional, el control sobre la legalidad es otra plusvalía más.

Estos y otros datos que irán apareciendo con posterioridad son los que impulsan a centrar el estudio en -- las relaciones orden público y poder ejecutivo, sin olvidar que un análisis del orden público debe tratar de establecer el sentido total de la defensa del orden. El orden público no afecta con exclusividad a los aspectos relativos a la seguridad del Estado --y aún este concepto de seguridad del Estado debe ser precisado-- sino al resto de los conflictos que se presentan en una formación social. En todos ellos puede encontrarse una razón de unidad: la defensa del sistema social.

Podemos concluir con las palabras de D. Gumersindo de Azcárate; pensadas en el contexto de la Restauración:

"Ha sucedido con el concepto de orden público lo mismo que con otros no menos claros y evidentes; es a saber, que por virtud de una serie de prejuicios que han sabido utilizar el miedo, el interés y el egoísmo, ha llegado a corromperse y mutilarse hasta el punto de ver tan sólo en él una parte, la que se refiere a lo más exterior y tangible. Así por lo general, se atiende exclusivamente al orden que significa paz y tranquilidad obediencia y disciplina, y se olvida aquel otro que significa ley, regla, relación debida, disposición de las cosas según la cual cada una está en su sitio y lugar; de donde resulta, con relación a la vida jurídica y política de los pueblos,

el olvido de una cosa muy importante, cual es la - de que el orden material es expresión del orden legal, y que de este es fundamento, y por tanto también de aquel, el orden de Derecho.

Desde el momento en que una sociedad dicta - las leyes que han de ser reglas de su vida, claro - es que mediante el no interrumpido imperio de las - mismas es posible la existencia ordenada y racional de aquella; y por eso, tan pronto alguien las vulnera produciendo un desorden, el Estado pone fin al - mismo restableciendo el Derecho. Pero este puede -- ser perturbado de distintos modos, y de aquí la diversidad de formas que revisten las transgresiones= del orden. Hay unas que son ruidosas, por ir acompa- ñadas de la fuerza, y otras que se llevan a cabo a= la callada y en silencio; unas que son obra de los= particulare , y otras que lo son de las autoridades, de los funcionarios públicos, del poder mismo. Y, - sin embargo, por una singular aberración hay parti- dos y clases sociales que se alarman ante los estra- gos de una partida de revolucionarios, y se avienen y transigen fácilmente con las más graves que pacífi- camente causa un ejército de vividores de cierto gé- nero; que piden castigo y represión a voz en cuello para los ciudadanos que conculcan las leyes, y a la vez llegan hasta a celebrar la violación sistemáti- ca de estas por los poderes públicos; en una pala=- bra, que se satisfacen con el orden material, y les importa poco o nada el orden legal" (20).

### 3.- Planteamiento general del trabajo

Sin negar la relevancia de otras cuestiones nos

---

(20) "El régimen parlamentario en la práctica", 2ª ed. Li- brería de Fernando Fe, Madrid, 1892, págs. 201-202; - del mismo autor, "El Orden público"; Rvta. de España= Noviembre, 1884, t. 101, pág. 398 y sigs.

centramos en dos aspectos: el sentido unitario y no equívoco de la cláusula de orden público y de la defensa del orden público y, principalmente, el sentido de su defensa por el Ejecutivo.

Desde el primer punto de vista analizo el carácter ideológico y legal del orden público; es el conocimiento del primer aspecto el que guarda las claves de una interpretación unitaria; el segundo, en cambio, muestra el sentido y la "necesidad" de la utilización de la cláusula de orden público; una interpretación conjunta de ambos aspectos muestra por qué, cambiadas las condiciones de convivencia, no es preciso modificar los mecanismos represivos preventivos y en lo relativo a la seguridad interior del Estado y la defensa de la libertad.

El análisis de la relación orden público-poder ejecutivo se mueve a tres niveles: el sentido y la evolución de la función de policía, la evolución legislativa en materia de orden público y el análisis de los instrumentos jurídicos de defensa del orden público y de garantía de la supremacía del poder ejecutivo.

El análisis histórico se mueve en un planteamiento crítico. No hay un afán erudito ni el deseo de describir los procesos y discusiones que dan como resultado las tres leyes de orden público que conocemos en España. Únicamente intento analizar la evolución de los aparatos y téc-

nicas de dominación y sanción; su transvase de unas situaciones políticas a otras radicalmente diversas; la imposición progresiva de la tesis conservadora de la legislación preventiva frente a los planteamientos progresistas; la --progresiva deslegalización de la declaración de suspensión de garantías, la disminución de garantías y de control parlamentario frente a la declaración y el incremento de los derechos que pueden ser suspendidos; la interpretación del orden público y otros conceptos jurídicos indeterminados a partir de las categorías ideológicas dominantes... Se trata de un análisis histórico-crítico que muestra aspectos --que posiblemente un análisis dogmático sería incapaz de desvelar.

No se trata de hacer un comentario a la ley de --orden público (21), sino fundamentalmente de centrarnos en el marco jurídico desde el que actúa el Ejecutivo en la defensa del orden público y, sobre todo, en lo que C. Schmitt

---

(21) Junto a otros análisis de la ley de 1959 o la reforma de 1971 destacan por su carácter sistemático, los estudios de J. González Pérez, "Comentarios a la ley de orden público", Abella, Madrid 1971 y de E. Jiménez --Asenjo, "Antecedentes, texto y doctrina de la ley de --Orden público de 30 de julio de 1959", Instituto de --Estudios políticos, Madrid, 1961.

ha denominado "plusvalías políticas adicionales" o "primas supralegales" sobre el poder conferido por la norma o que García de Enterría denomina "inmunidades del poder",= resultado de la continua resistencia del poder ejecutivo= a su juridificación. De nuevo el planteamiento no pretende ser descriptivo sino crítico, la cláusula de orden público como riesgo para la libertad (22): si el orden público es una garantía de la libertad, al tiempo que su límite, trato de mostrar los riesgos permanentes de la libertad en el contexto de un Ejecutivo extremadamente "inmune".

El estudio del modo como aparece el orden público y el modo como se defiende en las diversas ramas del Ordenamiento no constituye un análisis específicamente técnico, aunque este sea el punto de partida. Es una interpretación y un desvelamiento de la realidad de lo defendido. En el caso concreto de las técnicas de defensa del poder ejecutivo se trata de poner de relieve la contradicción entre una pretendida defensa de la libertad y el orden y los instrumentos de dicha defensa primando la supremacía de los a

---

(22) L. Marín-Retortillo ha titulado uno de sus estudios:

"La cláusula de orden público como límite -impreciso- y creciente- del ejercicio de los derechos", Ediciones Civitas, Madrid, 1975.

paratos de Estado y el mantenimiento de sus titulares.

En último lugar el tema se centra en el caso español aunque se hagan referencias a otros sistemas jurídicos. El presente trabajo pretende desvelar las contradicciones reseñadas y llenar un vacío existente en los estudios jurídicos, sin que olvidemos estudios especializados y meritorios; se trata de un análisis global del orden público, - desde la perspectiva que ofrece la función que a lo largo del tiempo ha desarrollado dicha categoría jurídica.





**Título I: ORDEN PUBLICO Y DERECHO: LOS ELE-  
MENTOS DEL ORDEN PUBLICO.**

En páginas anteriores nos hemos preguntado sobre la "especificidad" del Derecho y el papel de la ideología como cimentadora de una formación social: ninguna ideología es neutra; el Derecho obviamente tampoco lo es. Concluíamos señalando que la especificidad del Derecho radica en la abstracción y la generalidad predicadas del hombre abstracto en una actitud consciente de ruptura con la realidad. Las raíces liberales del Derecho, de la técnica jurídica de definición de la realidad, se presentan todavía, con leves variaciones estructurales aunque múltiples compromisos, como la nota más característica del Derecho. Desde esta perspectiva las modificaciones experimentadas en los países capitalistas no han afectado a las oposiciones binarias fundamentales sobre las que se apoya, aunque han contribuido a la reproducción y vigencia de la estructura sobre la que se asienta.

El estandarte revolucionario "liberté, égalité, fraternité" abstracto y formal y sus consecuencias, la libre iniciativa y la libertad individual -en el marco real de una acumulación de capital anterior y una división del trabajo en la que no se producen modificaciones fundamentales en la relación con los medios de producción- convirtieron a la burguesía en la clase triunfante de la Revolución. La sustitución de las relaciones tradicionales -maestro-oficial-aprendiz, señor-siervo...- por relaciones jurídicas (a través del contrato) supuso una mejora de las condiciones de prestación del trabajo al quedar el traba-

jador desligado de la tierra y de los condicionamientos - de los gremios, pero desde otro punto de vista supuso su cosificación: el hombre se relaciona genéricamente con -- los demás hombres a través del Derecho (igualdad abstracta) y el trabajo se convierte en mercancía.

El desarrollo histórico posterior con sus variaciones, compromisos, pactos y alianzas contribuye a reforzar este punto de vista. La inutilidad operativa de la igualdad de las partes contratantes o de la autonomía de la voluntad en el campo del Derecho privado se manifiesta sin puntos oscuros en unas condiciones de existencia marcadas por los monopolios, por la opacidad del mercado, por la posición de fuerza de los oferentes de mercancías ("lo tomas o lo dejas") agravada por la continua incitación al consumo y por la propia necesidad de consumir. Y si es cierto - que en el campo de la contratación de trabajo se han producido modificaciones fundamentales -reconocimiento del derecho a sindicarse, derecho de huelga, contratación colectiva, junto a una legislación intervencionista-, no es menos que estas transformaciones se inscriben en los mecanismos de reproducción de las condiciones de existencia y en la propia necesidad del titular de los medios de producción de programar no sólo la inversión de capital, sino también la fuerza del trabajo. De nada sirve calcular la rentabilidad de una inversión a plazo si al tiempo no se pacta con los trabajadores una prestación pacífica ("sin alteraciones") - de la fuerza de trabajo que haga rentable la inversión, es

preciso programar tanto la inversión como la prestación - de trabajo y esta necesidad guía las modificaciones en esta materia.

La misma situación de desigualdad se observa en la escena de lo político y no sólo porque aquí las relaciones son de dominación, sino porque la lucha política es -- siempre desigual desde el momento en que uno de los grupos en presencia copia los mecanismos del poder y hace uso del= mismo desde sus prerrogativas.

Es en el contexto de las condiciones reales de - existencia y del sistema total de relaciones que sítúa al= hombre en el que nos colocamos a la hora de analizar la -- "especificidad" del orden público que como fin primordial= del Derecho y como técnica de defensa de determinados bie= nes jurídicos -Doral llega a decir que el orden público cum ple una función de defensa del débil, lo que puede ser exa= gerado si no se precisa suficientemente- se inscribe tam= bién en la especificidad del Derecho; la generalidad y la= abstracción "igualadoras" acaban sirviendo intereses priva= dos de los grupos dominantes y plasmando los valores de la ideología dominante a través del aparato de Estado y del a= parato ideológico institucional. Es la defensa de este montaje y la defensa de la toma y mantenimiento ("sin alteracio= nes") del poder por sus titulares lo que tutela el orden público. Tal vez ninguna expresión ha plasmado más claramente esta idea que la vieja fórmula del Estado patrimonial, "pax

Domini Regis" (la paz del Rey)(23).

Ha sido Domat (1625-1696) quien por primera vez realizó un estudio coherente sobre el tema en su obra "Las leyes civiles en su orden natural" (1689-1694). Para Domat el orden público es un orden exterior a la sociedad, de origen divino, asentado sobre los principios de la moral -- cristiana y que no puede ser derogado por acuerdos parciales. Aunque posteriormente, salvo determinadas corrientes= iusnaturalistas, no se identificará ya el orden público con el orden natural (24) y aún menos con la moral cristiana, -- el emparejamiento orden público y ley imperativa va a ser --

---

(23) Los cambios terminológicos no son accidentales; en este sentido el término "orden público" es una fórmula= más acorde al sentido neutro del Estado liberal. Fórmulas anteriores son, por ejemplo, "ordre et prvision au fait public du pays" (edictos franceses del s. XV; "public good" (Locke); "tranquillitas civitatis"...

(24) No obstante hay quienes como Claps-Lienhar llegan a= afirmar que "el orden público (interno o internacional) interviene para oponerse en nombre de la nación a la aplicación de un principio de orden natural"; -- "E'ordre public, essai"; Bosc Freres, M & L Riou, --- Lyon, 1934, pág. 157.

una constante, sobre todo en el campo del Derecho privado.

De esta primera identificación con el orden natural se pasó a entenderlo como el orden que establece la propia sociedad en su seno (la ley y el poder de dominación se justifican en el pacto social y la voluntad general) y como sinónimo de tranquilidad general. Así el art. 10 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano señala como límite al ejercicio de la libertad de opinión "l'ordre public établi par la loi"; el orden no es natural sino por la ley, por la fuerza del Derecho, y su cuidado queda atribuido al Rey (tit. III, cap. IV, art. 1 de la Constitución francesa de 1791; art. 170 de la Constitución española de 1812). Posteriormente se producirá una limitación en virtud de la cual pasa a designar la defensa de los derechos y posesiones y la seguridad interior, distinción que comienza a percibirse en los primeros reglamentos de policía; para en una última etapa significar preferentemente la defensa de la seguridad interior (25). Esta reducción de contenidos

---

(25) Con más detalles el capítulo referente a la evolución de la legislación de orden público.

será tal que el orden público comienza a entenderse --- prácticamente como la defensa de los aparatos de Estado. Para darnos cuenta de esto basta que abramos una Enciclopedia jurídica; comprobaremos las escasas páginas que me rece la voz "orden público" en comparación con la voz -- "desórdenes públicos". El propio Diccionario de la Real Academia Española, sin que lógicamente tenga autoridad -- en esta materia, define el concepto como "situación y es tado de legalidad en que las autoridades ejercen sus a-- tribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta". El orden público acaba así siendo la mera materialidad de la ausencia de desórdenes.

Podemos decir que la línea de significado del término orden público es doble: por un lado se recorta su contenido relacionándolo con la seguridad interior, por -- otro se identifica con norma imperativa, es decir con nor ma que no puede ser derogada por la voluntad individual.==! Los dos significados se entrecruzan frecuentemente si bien el segundo es la acepción típica del Derecho privado. En ambos casos el orden público nos coloca ante la estructu ra del Estado como poder de dominación en cuanto defensa de la toma y mantenimiento del poder y en cuanto limitación al ejercicio de los derechos individuales y la auto nomía de la voluntad: el orden público limita tanto la -- libertad de asociación y reunión como la libertad religio sa, de prensa o de contratación o del derecho de propie---

dad, por poner algún ejemplo. Sin embargo si el Derecho - no puede ser derogado por voluntad individual ni el parti cular puede optar por ley extranjera más acorde a sus intereses que la ley nacional, en cambio sí puede ser derogada la ley por otra ley, con lo que en última instancia= puede ser derogado por el titular del poder.

Cuatro son las cuestiones fundamentales que tratamos de dilucidar. La primera, reconocida la necesidad y= realidad del orden como función del Estado -el Estado como refrendo jurídico de una estructura social es ante todo or ganización-, plantea el sentido de su defensa; si la liber tad es su ejercicio y si el orden es la garantía del ejercicio de los derechos y de la libertad, el sentido del orden radica en los criterios en que se basa y en las técnicas jurídicas de su defensa. De donde, en segundo lugar, - es preciso plantearse el sentido del orden como función es pecífica y, desde la totalidad del Estado, integrar el orden que no es una estructura autónoma de la realidad (26)=

---

(26) Como señala Burdeau, "el orden no es únicamente resul tado del movimiento del pasado; es resultado del movi miento presente que asimila, pues no se mantiene más= que por su aptitud para integrarlo... si el orden apa rece del movimiento que integra, a la inversa el movi miento tiene por motor la idea del orden que trata de establecer"; "Traité de Science Politique", t.III, 2ª ed., LGDJ, 1968, págs. 459-460.



en el conjunto de las funciones, en la totalidad de la estructura estatal. De este modo si el orden es colocación,= relación entre realidades según un criterio, es preciso == plantear el tema del orden como función junto a la problemática propia de la ideología, y del Estado como estructura unitaria. Si el orden se define como equilibrio poder-libertad, público-privado, legalidad-legitimidad, se trata de analizar, en un tercer momento, las contradicciones ideología-realidad en dicho equilibrio. En cuarto lugar,= si afirmamos que el orden es ejercido desde las prerrogativas del poder se trata de analizar cómo es tutelado, es to es cuáles son las técnicas de sustanciación de la fuerza, cuáles son las prerrogativas de ejercicio y la posibilidad de juridificación de ambas, técnicas y prerrogativas.

#### CAPITULO PRIMERO: Orden, Ideología dominante y sistema social.

Desde la totalidad del sistema social el orden= público queda identificado con el orden jurídico-estatal. Materialmente el orden es, ante todo, ausencia de desórdenes, pero desde la totalidad la ausencia del desorden es - el efecto. Ni el orden, es exclusivamente ausencia de desórdenes ni la única función del Estado es crear orden. El orden, como justificación del ejercicio de la fuerza, es - su defensa, la defensa de los valores y representaciones -

en que se basa, es decir defensa de un concreto sistema - de relaciones. Así desde la legitimidad es este sistema - de valores y de relaciones el que hay que desvelar continuamente en el contraste con la técnica jurídica de su de fensa.

Eliminar lo ideológico de la reconstrucción de - una estructura jurídica, "a fortiori" del Derecho, signifi ca pedir su inmutabilidad histórica olvidando que además - de un problema técnico se trata de un problema determinado= por la incidencia de distintos factores. Ninguna forma se= encuentra en estado puro sino que, como modelo de acción,= depende de la estructura socio-económica del sistema mismo y de las representaciones ideológicas que se ofrecen del - mismo.

### 1.1. La función de la ideología en un sistema social

Toda teoría de la ideología en abstracto, esto - es la función que desempeña la ideología en un sistema so- cial, y no de las ideologías, debe partir de la considera- ción de dos aspectos: en primer lugar la ideología supone= un conjunto de significados-valores-normas (27) y en segun

---

(27) Utilizo la terminología de Sorokin en "Sociedad, Cul- tura y personalidad", trad. de Anibal del Campo. Ed.= Aguilar, 3 ed. Madrid, 1966.

do lugar la ideología supone un pensamiento deformado. Am los aspectos no pueden ser olvidados. El primer aspecto - ha sido estudiado principalmente por el funcionalismo de corte americano. El segundo tiene múltiples connotaciones que van desde el planteamiento marxista hasta la sociología del conocimiento (28), aunque en este segundo caso ==

---

(28) Sus primeros antecedentes podemos encontrarlos en la teoría de los "idola" de Bacon, en la ilustración y la teoría de los prejuicios o en los análisis, en -- concreto, de Helvetius y Holbach sobre el binomio am biente-ideas... El sentido despectivo del concepto - de ideología, en la medida en que falsea el conoci- miento de la realidad, arranca del uso del término - ideólogos, hecho por Napoleón, en la sesión del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 1821 contrapo- niendo ideología y práctica; si bien, como señala Pa reto, la contraposición napoleónica a los "princi- pios sagrados de la justicia" es, a su vez, una invo cación metafísica y, por tanto ideológica ("Traité - de Sociologie Générale edición francesa por P. Boreu, V, II, Librairie Payot, Lausanne Paris, 1919, págs. - 1127-1128). Sobre el sentido despectivo del término "i- deología" ver Mannheim, "Ideología y utopía" (trad, - de Eloy Terrón), Ed. Aguilar, Madrid, 1966 pág. 125. El propio Mannheim incorpora este sentido despectivo

el falseamiento sea resultado no del papel de la ideología sino de la propia relatividad del conocimiento que impide alcanzar la totalidad de la realidad.

Desde el primer punto de vista, un planteamiento= estrictamente funcional (29) de la ideología la configura= como un conjunto más o menos armónico, unitario y homogéneo de ideas que engendran actuaciones diferenciadas en el tiempo y en el espacio pero cuya homogeneidad y unidad dependen únicamente de la lógica interna de la combinación - de significantes, no de su relación con la realidad social.

Desde este punto de vista Lapierre (30) describe

---

(29) Quintanilla ("Sobre el concepto marxista de ideología", SISTEMA, octubre de 1974, nº 7) dice que caben tres posibilidades de estudios de la ideología: a) definición genética: atendiendo a las condiciones de nacimiento de la ideología; b) definición estructural, definición por ejemplo, por oposición a ciencia; c) definición funcional: por su función en la vida de los individuos y los grupos.

(30) Jean Williams Lapierre, "¿Qué es una ideología?" en las "Ideologías en el mundo actual", Dopesa, Barcelona, 1972, pág. 15.

así la ideología: "Una ideología no es una creación puramente individual... Es un conjunto de representaciones colectivas por medio de las cuales un grupo social afirma su particularidad, se distingue de los otros, léase se opone a los otros. Estas representaciones son diversas: imágenes, símbolos, creencias, conocimientos, etc... son comunes a los miembros de un grupo y propias de este grupo. Constituyen el conjunto de un código: la común referencia a estas representaciones hace posible una comunicación específica entre las personas que pertenecen al grupo; hace de éste una comunidad, es decir, una esfera determinada de comunicación, caracterizada por un modo particular de cambio de mensajes. Los miembros del grupo se ponen de acuerdo en su ideología común ("consensus") y, gracias a la mediación de este conjunto de signos de reconocimiento, se comprenden (comunicación) entre ellos, al mismo tiempo que excluyen a "los otros", a "aquellos que no piensan como nosotros". Dumont llega a definir la ideología, "la sociedad como polémica". Para el mismo Lapierre estas son las características de los componentes ideológicos: se trata de un hecho social que, a menudo, se manifiesta en determinados ritos... y es un hecho histórico: no se produce de la nada sino que atesora experiencias del pasado o de culturas extranjeras; cultural, dotado de una lógica interna; conjunto de representaciones colectivas por las que se afirma una jerarquía de valores y que refleja nuestros deseos, necesidades, aspiraciones, intereses... pero disfrazándolos; es coherente, sistemática y global; pragmática, esto es, no intenta comprender

lo que es sino lo que se hace; justificadora; está dotada de un carácter sacro; une a los hombres entre sí haciendo-les participar en las mismas creencias y ritos relativos a lo que es para ellos sagrado.

Este sentido es recogido por otros muchos; así - Aron, para quien la ideología es un "sistema global de interpretación del mundo socio-histórico" (31) o Adam Schaff que define la ideología como "sistema de opiniones que fundándose en un sistema de valores admitidos, determina al - actitudes y los comportamientos de los hombres en relación a los objetivos deseados de desarrollo de la sociedad, del grupo social o del individuo" (32). Incluso esta idea se encuentra recogida en Marx en una de las acepciones del - concepto "formas de conciencia".

La raíz de estos planteamientos hay que encontrarla, sin duda, en que el punto de partida no es tanto el análisis de la función de la ideología cuanto fundamentalmente un análisis de "las" ideologías. La distinción, repetida - continuamente, había sido recogida ya por Marx en "La ideología alemana" al afirmar que "la ideología no tiene histo-

---

(31) "Trois essais sur l'âge industriel", Plon, Paris, 1966 pág. 215.

(32) "La definition Functionelle de l'ideologie", "L'homme et la Societé", 4, 1967, pág. 50; y en "Sociología e= ideología", A. Redondo, Barcelona, 1969, pág. 23.

ria". Althusser comenta así el texto anterior, "creo poder sostener que las ideologías tienen una historia propia (aunque esta esté determinada en última instancia por la - lucha de clases); y de otra parte, creo poder sostener, al mismo tiempo, que la ideología en general no tiene historia, no en un sentido negativo (su historia está fuera de ella)= sino en un sentido absolutamente positivo. Este sentido es= positivo en la medida que lo propio de la ideología es es= tar dotada de una estructura y de un funcionamiento tales - que la convierten en una realidad no-histórica, es decir - omni-histórica, en el sentido en que esta estructura y es= te funcionamiento están, bajo una misma forma, inmutables= presentes en lo que se denomina la historia entera en el - sentido en que el "Manifiesto" define la historia como la= historia de la lucha de clases, es decir la historia de las sociedades de clases" (33).

La misma idea, la ideología como conjunto de re= presentaciones-valores-normas es recogida por la Sociología del conocimiento. Con distinta insistencia la idea es perma= nente, si bien, generalmente este primer punto de partida se analiza desde la perspectiva de las prácticas de comporta= miento que dichos significados generan, en el sentido de qu

---

(33) "Escritos", Ed. Laia, Barcelona, 1974, pág. 142.

no puede separarse significados y prácticas de lo vivido. Ahora bien, ¿cuál es el carácter de estas representaciones?, ¿qué es la realidad y cómo determina posiciones ideológicas? ... Las preguntas y las respuestas adoptan un mismo sesgo. Ya no se cuestiona el significante ideológico sino el significado: la estructura de la realidad y, en consecuencia, la estructura relativamente autónoma de lo ideológico.

Como ha observado Mannheim, "la sospecha de que - pudiera haber una cosa tal como "falsa conciencia", todo conocimiento de la cual es necesariamente erróneo, en la que= la mentira estuviese en el alma, se remonta hasta la anti= güedad. Es de origen religioso, y ha llegado hasta nosotros como una parte de nuestro antiguo legado intelectual. Aparece como un problema siempre que la pureza de la exposición= o visión de un profeta es puesta en cuestión, ya sea por su= pueblo o por él mismo" (34).

El proceso de deformación ideológica ha sido expuesto fundamentalmente a través de dos planteamientos a - los que se han unido a menudo metodologías diversas. Uno - de estos planteamientos arranca del marxismo; el otro, de= la sociología del conocimiento, primordialmente a partir - de "Ideología y Utopía" de Mannheim.

Engels en carta a Mehring de 14 de julio de 1893

---

(34) "Ideología y utopía", 14 pág. 123



dice: "la ideología es un proceso que el llamado pensa-==  
dor realiza con conciencia pero con una conciencia falsea-  
da. Las fuerzas motrices que le mueven le son desconocidas,  
si no esto no sería un proceso ideológico. Así mismo se i-  
magina fuerzas motrices falsas o aparentes". Si bien el pro-  
ceso ideológico está determinado por las transformaciones -  
en el modo de producción de bienes materiales, esta determi-  
nación no es ciega ni mecanicista. Como el propio Engels se-  
ñala es un proceso de interacción; "el desarrollo político,  
jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc.  
se basa en el desarrollo económico. La situación económica=  
no es la única causa activa y el resto un efecto pasivo. La  
interacción se produce entre las esferas sobre la base de -  
la necesidad económica que, a fin de cuentas, predomina ==  
siempre (35).

Desde la perspectiva marxista las raíces de la de-  
formación se encuentran en el carácter abstracto y ahistóri-  
co del nivel ideológico, en la presentación de los valores -  
como eternos y, de modo fundamental, en la ruptura entre su-  
presentructura y base económica que presenta la libertad y -  
la igualdad formales y abstractas como la igualdad y la li==

---

(35) Carta a Heinz Starkenburg de enero de 1894.

bertad de todos a espaldas de las reales desigualdades -- entre los hombres, resultado de su distinta relación con los medios de producción y su posición en el proceso de intercambio. La posición de clase determina representaciones falsas, aunque subjetivamente verdaderas, que son falsas -- al no captar la realidad concreta (la sociedad dividida en clases). La ideología se presenta como "falsa conciencia" en la medida en que reproduce y oculta un concreto modo de producción, esto es un modo concreto de dominación de clase. En la medida en que las superestructuras ideológicas no reproducen dicho sistema de dominación es cuando lo ideológico tiene pleno sentido como "falsa conciencia". Así Puente Ojea dirá que "la ideología es la vertiente epistemológica de la alienación".

Para Althusser y su escuela, aceptando el punto de vista de la ideología como conocimiento deformado, abstracto y ahistórico, la raíz de la deformación debe encontrarse en el carácter opaco de la formación social. Lo ideológico es reflejo de la totalidad social que permanece -- opaca para sus agentes, por lo que aún incluyendo elementos de conocimiento muestra una relación adecuación-inadecuación con lo real. Las raíces del falseamiento se encuentran en última instancia, sobre-determinadas por la división de la sociedad en clases y por la lucha de clases (36) y se --

---

(36) Althusser habla de la ideología a partir de las si==

manifiesta en la sustitución de una relación, la económico-social (en cuya virtud la sociedad se divide en clases y se estructura desigualmente) por relaciones jurídico-políticas (abstractas y generales y en la misma medida falsa mente unificadoras). La falsedad del conocimiento deriva -- de la no-conciencia de esta falta de adecuación, aceptando el modelo político que así oculta las condiciones de desigualdad real. Con anterioridad y con una referencia más explícita a la lucha de clases, Jakubowsky denominó a este -- fenómeno "cosificación". Para este autor la ideología es -- la expresión en el plano de la conciencia de una apariencia del capitalismo: la cosificación que se traduce desde el --

---

guientes precisiones: a) como nivel relativamente -- autónomo de lo económico y lo jurídico-político; -- b) distinción entre las ideología y la ideología -- ("La ideología carece de historia" (Marx); c) la ideología como ideología dominante juega un papel de ocultación de las relaciones de dominación de clase; d) distinción relativa entre ideología y aparatos -- ideológicos de Estado, entendiendo estos como "no -- sólo lo que se arriesga, sino también el lugar de -- la lucha de clases" ("Escritos", pág. 127).

punto de vista de la situación del proletariado en ocultar  
a éste el carácter transformable de su situación convir-  
tiéndole en cosa, en mercancía. La ideología es así concien-  
cia falsa al ser expresión en el plano de la conciencia de-  
la apariencia subjetiva que adopta la realidad capitalista -  
al escindir lo jurídico-político de la posición de clase --  
(37).

Poulantzas, glosando el papel de cemento de la --  
formación que atribuye Gramsci a la ideología, señala que -  
"la ideología consiste, realmente, en un nivel objetivo, en  
un conjunto con coherencia relativa de representaciones, va-  
lores, creencias (...) hasta tal punto presente en todas las  
actividades de los agentes, que no puede diferenciarse de su  
experiencia vivida... La ideología tiene precisamente por --  
función, al contrario que la ciencia, ocultar las contradic-  
ciones, reconstruir, en un plano imaginario, un discurso re-  
lativamente coherente que sirva de horizonte a lo "vivido" -  
de los agentes, dando forma a sus representaciones según las  
relaciones reales e insertándolas en la unidad de las rela-  
ciones de una formación "(38).

---

(37) "Las superestructuras ideológicas en la concepción ma-  
terialista de la historia", Comunicación, Madrid, 1973,  
págs. 190-207.

(38) Poder político y clases sociales en el estado capitalis-  
ta", Ed. S. XXI, Madrid, 1972, pág. 248.

Mannheim adoptando una postura profundamente relativista y escéptica (39), "escepticismo sano" en sus -- propias palabras, llega a la misma consecuencia: la ideología es conocimiento falsificado y falsificador de la realidad. Nuestras ideas están condicionadas por la situación y la historia (la "perspectiva", como punto de vista y posición de conjunto) de modo que el conocimiento no puede adecuarse a la realidad más que parcialmente, ofreciendo así una representación parcial de la realidad entendida en -- los siguientes términos: "el peligro de la falta conciencia no es, en nuestros días que no puede captar una realidad -- inmutable sino, más bien, que obstaculiza la comprensión de una realidad que es el resultado de una reorganización constante del proceso mental de que se componen nuestros mun--- dos (40); "una teoría es errónea si en una determinada situación práctica utiliza conceptos y categorías que, si son tomados seriamente, impedirían acomodarse a aquella fase histórica. Normas, modos de pensamiento y teorías anticuadas --

---

(39) Cfer en "Ideología y utopía" el capítulo dedicado a -- la "Búsqueda de la realidad a través del análisis i-- deológico y utópico".

(40) Ibidem, pág. 150.

son apropiados para degenerar en ideologías cuya función es ocultar la significación real de la conducta más que - revelarla" (41). La realidad se aprehende únicamente a -- partir de la toma de conciencia del carácter limitado de cada punto de vista; "la perspectiva de la totalidad llega a convertirse en punto de inteligibilidad de intelecciones particulares, de modo que una visión total implica a la vez la asimilación y la trascendencia de las limitaciones de los puntos de vista particulares" (42).

Desde la perspectiva de la ideología en el Estado, la clave de la deformación acaba encontrándose siempre en la necesidad de legitimación de la propia existencia -- del poder de dominación y de su uso. Que el vehículo sea el lenguaje, que lo es -basta con contemplar el carácter universal del término "democracia"- o que la raíz sea la lucha de clases, la opacidad de la formación social o la inaprehensibilidad de lo real como totalidad quedan subsumidos en la realidad de un fenómeno más amplio: la ocultación a través de la legitimación del poder de dominación tratando de realizar la unidad Estado-sociedad civil.

---

(41) Ibidem, pág. 151

(42) Ibidem, pág. 162.

El carácter imaginario de la representación se configura, en resumen, de doble manera: el discurso ideológico supone siempre un recorte de la realidad -una actitud fetichista (43)-, al tiempo que este recorte se acepta como la realidad misma. Motor del recorte es la ideología dominante, esto es las formas de imposición o aceptación de los valores de un determinado grupo que invierte la relación con la realidad presentando sus intereses como el interés general y el mantenimiento de su posición dominante como el orden de todos, como el "orden público".

Del mismo modo que una formación social no es un continuo, tampoco lo es lo ideológico. Todo sistema social segrega distinta ideologías, esto es distintos modos de integración práctica en el conjunto, pero no todas ellas son

---

(43) Castilla del Pino describe así el fetichismo: "El fetichismo, la actitud fetichista, es expresión, pues, de la imposibilidad del sujeto para la aprensión de la persona o cosa que está tras el fetiche. La posesión, no obstante, del fetiche le confiere la ilusoria conciencia de que ha poseído también ("podría poseer si quisiera") al objeto que tras el fetiche se oculta";= "La incomunicación", Ed. Península, Barcelona, 1970,= pág. 81.

formas de integración en la estructura oculta (44) de la realidad. Las prácticas, en determinados casos y siempre que no se toma conciencia de la totalidad se mueven a nivel de la estructura manifiesta que, como tal, tiene sus propias leyes, pero no pueden ser comprendidas, eso es - no ofrecen un carácter de continuidad, de integración y cohesión más que en la percepción de la estructura oculta. De este modo sólo es dominante una ideología cuando su función de cohesión, de ocultación de contradicciones y discontinuidades opera sobre la estructura oculta, reproduciendo las condiciones de existencia y dominación de la formación social.

Dejando a un lado otros aspectos del tema, el análisis de la ideología dominante en una sociedad dividida en clases debe moverse en un primer momento en tres aspectos: a) como estructural regional; b) en la totalidad y en relación al sistema social en su conjunto y c) en relación a los grupos dominantes y de modo especial al grupo hegemónico, que no precisa ser el titular de los medios

---

(44) La distinción entre estructura oculta y estructura manifiesta parte de diferenciar el modo como efectivamente se estructura la dicotomía Estado-sociedad civil (estructura oculta) y el modo como aparece o se justifica la dicotomía o la unidad Estado-sociedad civil.



de producción (45), que aglutina a su alrededor los intereses del resto de los grupos. En un segundo momento no puede olvidarse que la imposición de los valores de la ideología se realiza o por la propia ideología o por la fuerza y este segundo momento se imbrica necesariamente en el análisis de los tres primeros aspectos desarrollándose la ideología a través de las prácticas y a través de la institucionalización; a su vez las prácticas pueden ser conscientes (por ejemplo, el cumplimiento del Derecho y de su gradación de valores), e inconscientes (integración a través del consumo). En tercer lugar hay que tener en cuenta la imposibilidad de planteamientos radicalmente autonomizados. Separar como absolutamente independientes lo ideal y lo real puede conducirnos al dogmatismo en que juicios y los valores son eternos al prescindir de la realidad social.

---

(45) Las relaciones, desde el punto de vista del modo de producción, no son tanto reflejo de la relación propiedad no propiedad de los medios de producción cuanto de la relación control-no control del proceso de producción. Un modo de producción no es sólo resultado del modo como se produce, esto es de la relación con los medios de producción, sino también de lo que se produce -"cañones o mantequilla"- y de cómo se intercambia. El control del proceso de producción, la capacidad de decisión, acompañada del poder político de dominación, supone una estructura de dominación esté o no esté la sociedad dividida en clases.

En el Estado moderno la ideología expresa el modo como el hombre se representa sus condiciones de existencia. El predominio de la región jurídico-política legitima el ejercicio del poder a través de la abstracción y la generalidad del conjunto de representaciones. La ideología legitima y justifica una determinada concepción del mundo al afirmar que todos los hombres son iguales ante la ley, aunque no sean iguales sus condiciones de existencia. La igualdad abstracta del plano jurídico privado y del plano jurídico público se aceptan como un axioma indiscutible. El dominio de lo ideológico se manifiesta así volviendo la espalda a la realidad y centrando el debate únicamente en términos ideológicos (46). A través de la igualdad y la libertad abstracta y formal se borran las diferencias y el poder de uno sobre otro se legitima por el voto, manifestación de la igualdad.

---

(46) E. Borne llega a decir que "la astucia de una ideología como es la ideología burguesa, es la de suscitar una contestación únicamente ideológica y de servirse del debate ideológico, proyectado hacia el proscenio, como diversión y coartada para desarmar, diluir, desazonar la contestación puramente revolucionaria"; "Las ideologías en el mundo actual", pág. 96.

Si el carácter falsificador y ocultador de la realidad, propio de la ideología, se manifiesta a nivel puramente ideológico y no a nivel de condiciones de existencia, desde la unidad de un sistema social puede caracterizarse una ideología como hegemónica en la medida en que proyecta sobre la sociedad civil los intereses particulares de quienes la formulan, esto es, en la medida en que determinados intereses privados se convierten en intereses generales. En este punto tampoco cabe establecer la paridad ideología dominante-ideología de la clase dominante, no sólo porque las clases oprimidas participan de los intereses de la clase dominante sino porque determinados intereses de las clases y los grupos oprimidos son integrados en la ideología dominante. Alegar que esta integración no supera los niveles del compromiso supone olvidar que el carácter real de lo ideológico radica en su capacidad para reproducir el sistema social. La realidad viene indicada aquí por las prácticas y la institucionalización aunque, desde otro punto, desde el contraste de las condiciones de existencia (condiciones de desigualdad y de dominio) digamos que la ideología es una relación imaginaria (igualdad y libertad abstractas) con dichas condiciones de existencia. La ideología dominante sólo puede ser comprendida desde la unidad del sistema social.

Así podemos definir una ideología como dominante cuando: a) trata de reproducir, y lo consigue, un de--

terminado sistema social, b) generalizando intereses privados de un grupo o clase al resto de los grupos. La "peculiaridad" de la dominación vendrá dada finalmente por aquellos que, en cada caso, conquistan el poder, en cuanto esta conquista institucionaliza la ideología y/o en la medida en que lo ya institucionalizado puede ser interpretado o adaptado. Aunque la unidad del poder del Estado garantiza la reproducción del sistema social, y, -- por tanto, un tipo concreto de representaciones, prácticas e instituciones homogéneas... las peculiaridades -el debate ideológico- adquieren relevancia sólo desde el poder. Como muy bien ha observado Schmitt en "Legalidad y legitimidad", a través del control de los órganos de poder, la voluntad del grupo que resulta ganador en las elecciones o que alcanza el poder por otros medios acaba convirtiéndose en la voluntad del Estado. Como tendremos oportunidad de comprobar sólo desde esta perspectiva llega a ser comprensible el papel que juega el orden público en el Estado.

1.2.- Los aparatos ideológicos de Estado: la teoría de Althusser (47)

La ideología no es únicamente ideas, ni un pu-

---

(47) La exposición del pensamiento de Althusser la hacemos fundamentalmente a partir de "Ideología y aparatos ideológicos de Estado", publicado en castellano=

ro sistema conceptual; se extiende a los usos y costum-- bres, al "modo de vida" de los agentes de una formación= y se concreta en las prácticas de dicha formación. En un segundo momento la ideología dominante constituye un poder efectivo plasmándose en una serie de instituciones o aparatos.

Podemos señalar como puntos fundamentales del - planteamiento de Althusser: a) distinción poder del Estado-aparato de Estado; b) distinción entre aparato (repre- sivo) de Estado y aparatos ideológicos de Estado; y c) -- todos ellos encaminados a reproducir la formación social.

El primer aspecto revela un dato fundamental que resaltaremos más adelante al analizar el caso concreto del "orden público": el Estado tiene un pleno sentido desde la lucha por el poder y desde la titularidad del mismo (toma= y mantenimiento del poder), pero no se identifica con el a parato de Estado (48). En este sentido se puede indicar --

---

por Ed. Laiax en "Escritos", Barcelona, 1974, págs.- 105-170. El término aparato es prácticamente reconver- tible al de institución y son utilizados indistinta== mente.

- (48) "Sabemos que el aparato de Estado puede permanecer - inmutable, como lo prueban las revoluciones "burgue- sas" del siglo XIX en Francia (1830, 1848) o los gol- pes de Estado (el 2 de diciembre, mayo 1958) o los -

que la legislación española de orden público (uno de los instrumentos jurídicos primordiales de defensa del poder y del ejercicio de la fuerza) se mantiene en condiciones radicalmente diferentes de toma y ejercicio del poder, incluso en accesos traumáticos al poder. Basta pensar que la ley de 1870 se mantiene hasta 1933, con las leves modificaciones que supuso la ley de defensa de la república, y que la ley de orden público de 1933 permanece en vigor hasta 1959. Completando el aparato represivo de Estado, la configuración jurídica de dicho aparato, lo que no cambia a diferencia de lo que ocurre con los aparatos ideológicos.

---

hundimientos del Estado (caída del Imperio en 1870, caída de la III República en 1940), o la ascensión política de la pequeña burguesía (1890-1895 en Francia) etc. sin que el aparato de Estado resulte afectado o modificado: puede permanecer inmutable, por debajo de los acontecimientos políticos que afectan a la detentación del poder de Estado. Incluso después de una revolución social como la que tuvo lugar en 1917, una gran parte del aparato de Estado permaneció inmutable por debajo de la toma del poder de Estado por la alianza del proletariado y los campesinos pobres; ya Lenin lo repitió suficientemente" O.c. - pág. 120.

La reproducción de la formación social incluye tres aspectos: a) la reproducción de los medios de producción (fundamentalmente circulación del capital y reproducción de la plusvalía); b) reproducción de la fuerza de --trabajo en su doble aspecto de reproducción cualitativa-- cuantitativa y de sometimiento a las reglas del orden establecido; c) reproducción de las relaciones sociales de reproducción que constituye el campo fundamental de intervención de los aparatos de Estado.

El punto de arranque del análisis de los aparatos de Estado es la distinción entre aparato (represivo) de Estado --"El Estado es el aparato represivo de Estado" (49) y aparatos ideológicos de Estado (50). La diferencia funda

---

(49) Ibidem

(50) Althusser estructura así los distintos aparatos: a) aparatos represivos% Gobierno, Administración, Policía, Ejército, cárceles...; b) aparatos ideológicos: AIE - religioso (el sistema de las diferentes iglesias); AIE escolar; AIE familiar; AIE jurídico (que a la vez participa del represivo); AIE político; AIE de la información; AIE cultural... (O.C. págs. 122-123). Poulantzas le ha criticado no haber introducido entre los apara--tos las "unidades de producción" (empresa) y haber eliminado prácticamente el aparato económico al no dar relevancia a la función económica, directa, en muchos casos, del Estado.

mental reside en que el aparato represivo de Estado funciona masiva y predominantemente mediante la represión - (incluida la represión física) y secundariamente mediante la ideología; de modo inverso los aparatos ideológicos de Estado funcionan predominantemente mediante la ideología - y secundariamente mediante la represión. La función de los aparatos es hacer posible las condiciones de reproducción de la formación social. Son los aparatos ideológicos de Estado los que desempeñan este papel de modo primordial, concurriendo a este único resultado en la forma que les es propia: "el aparato político sometiendo a los individuos a la ideología política del Estado, ideología "democrática", "indirecta" (parlamentaria) o "directa" (plebiscitaria o fascista). El aparato de información inculcando por medio de la prensa, la radio, la televisión a todos los ciudadanos dosis diarias de nacionalismo, chovinismo=liberalismo, moralismo, etc... lo mismo ocurre con el aparato cultural (el papel chovinista del deporte está a la hora del día)..." (51). Por su parte, "el aparato de Estado asegura por la represión (que va desde la fuerza física más brutal hasta las simples órdenes y prohibiciones administrativas, hasta la censura explícita o tácita, etc.),=

---

(51) O.c., pág. 135.



las condiciones políticas para la actuación de los aparatos ideológicos de Estado" (52).

En último lugar es la ideología dominante (53) la que garantiza la unidad entre los distintos aparatos ideológicos y entre éstos y el aparato (represivo) de Estado.

El mérito fundamental de Althusser, a un lado la polémica en torno a su obra en general, radica en haber puesto de manifiesto el papel que la ideología, en concreto la ideología dominante, juega en la teoría del Estado. No existen ideologías "neutras" como hemos tenido oportunidad de ver sino que la ideología en cuanto tal y en cuanto dominante, traduce también relaciones de poder y de dominación. La propia dominación política no puede establecerse de modo exclusivo, y casi diríamos que ni siquiera de modo preferente, sobre la fuerza física sino que requiere la intervención decisiva de la ideología y en este sentido la ideología dominante, centrada en los aparatos ideológicos, se integra como fuerza que da cohesión a las contradicciones y altibajos del sistema estatal. La integración, la ampliación del "consensus" camina

---

(52) O.c., pág. 130

(53) Para Althusser, ideología dominante es la ideología de la clase dominante.

principalmente a través de "penetraciones" ideológicas y no a través de la fuerza y el miedo. Por otra parte conviene insistir de nuevo en la relativa autonomía de los aparatos ideológicos frente al poder del Estado: no se puede olvidar que, en muchas ocasiones, los titulares de dichos aparatos no son los titulares del poder del Estado y en muchas ocasiones ni siquiera pertenecen a la misma clase (dirigentes sindicales, militares, funcionarios ...); en igual sentido la ideología dominante solo adquiere plena realidad en la medida en que es la ideología del grupo en el poder.

### 1.3.- Orden público e ideología

La relevancia de lo ideológico no trata de colocar en segundo plano la dimensión material del orden público, que es la perspectiva propia del orden desde la legalidad, sino que a partir de las peculiaridades del ejercicio de la fuerza y las prerrogativas del poder junto -- con el carácter ideológico del Estado, ocultador y legitimador del ejercicio del poder a través del interés general, trata de mostrar las contradicciones entre la técnica jurídica de la defensa del orden --en el espejismo del Estado neutro surge la técnica jurídica también "neutra"-- y la realidad de lo defendido. Si seguimos la opinión de -- Doral de que el orden público, al menos desde el llamado Derecho privado, cumple una función de defensa del débil-- se trata de ver el grado de "compromiso" que lleva en sí-

dicha defensa. El orden público solo tiene perspectiva - desde la totalidad social. Desde aquí la defensa del orden es la defensa del sistema de relaciones que define a un sistema social, el refrendo jurídico de una estructura socio-económica dada. Presentar el orden como la totalidad o como el dato más relevante (54) sin analizar las condiciones totales en que se desarrolla, sus contradicciones y lagunas es a lo que denominamos actitud fetichista (55): la falsa conciencia de que el orden traduce consenso y el Derecho, justicia (56).

---

(54) Esta idea se encuentra presente por doquier. Una muestra puede ser el discurso en las Cortes del Sr. Gari-cano Goñi defendiendo la ley de 21 de julio de 1971,= ley que modificaba en algunos aspectos la ley de orden público de 1959. Al justificar el incremento en la cuantía de las multas decía: "buscando además la lógica analogía con las atribuciones conferidas en diversas materias que no es posible considerar de superior importancia a la del orden público" (el subrayado es mío).

(55) Cita nota 43

(56) Aunque desde posiciones distintas a las aquí defendidas Kelsen llega a conclusiones semejantes: "unicamente un orden jurídico que no satisface los intereses - de uno en perjuicio de otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de -

El orden se integra del conjunto de los valores dominantes en un sistema social, a partir de las representaciones ideológicas dominantes, defendidas desde las prerogativas de quienes pueden imponer un determinado sistema de valores y representaciones, ya se encuentren revestidos del poder político de dominación ya se encuentren en una posición de privilegio para poder determinar e imponer un sistema de relaciones conveniente a sus intereses privados y un sistema ideológico capaz de encubrir dichos intereses privados en el "interés general". Lo ideológico encubre en la medida que legitima.

---

de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga, sólo un orden de este tipo se hallaría en condiciones de asegurar a los sometidos a él una paz social sobre bases relativamente permanentes.= Y aún cuando el ideal de justicia (...) es algo enteramente distinto al ideal de paz, existe una clara tendencia a identificar los dos ideales o, cuando menos, a sustituir el i=deal de paz por el de justicia"; "Teoría General del Dere=cho y del Estado" (trad. de Eduardo García Maynez), Imp. Universitaria, Mexico, 1949, pág. 14.

Anteriormente señalabamos que no cabe establecer distinción entre estructura y función. Esta no puede estudiarse de modo abstracto sino en la misma estructura, en los efectos puestos en el ser de la norma. Estructura y función se condicionan mutuamente. Desde este punto de partida la problemática del orden público es también la función que cumple y no solo, como ha ocurrido casi siempre, la descripción de sus técnicas. Desde sus efectos, preguntarse por la función es preguntarse a quién beneficia su ejercicio; en la medida en que la función se independiza de la estructura social se puede caer en planteamientos ahistóricos y acientíficos. En este sentido el orden público no se diferencia del orden jurídico-estatal - resultado de la aceptación de determinadas representaciones ideológicas plasmadas institucionalmente y garantizadas desde la ley y las prerrogativas del poder. Ahora bien como reflejo jurídico específico del orden jurídico estatal, añade una función de cohesión del aparato institucional ya como concepto jurídico indeterminado ya a través de ley imperativa y una función de defensa del propio poder - de dominación, introduciendo de esta manera un elemento de justificación de la intervención estatal tratando de preservar la unidad interna del ordenamiento y la unidad del propio Estado.

Desde lo ideológico el orden público plasma los valores de la ideología dominante entendiendo por ideología

dominante no la del partido que gana las elecciones ni la de la clase dominante en una simplificación de la - división de la sociedad en dos clases antagónicas, sino el conjunto de representaciones con unidad interna (estructura profunda) aunque aparentes contradicciones (estructura manifiesta) encaminadas a reproducir y perpetuar unas concretas condiciones de existencia garantizadas por los aparatos de poder y, en sus manifestaciones máximas, desde las propias prerrogativas del poder (57). Ranalleti, uno de los autores que con mayor agudeza ha tratado el problema dice: "el orden público está constituido del conjunto de principios fundamentales sobre los que se apoya la organización política y social del Estado y que por consiguiente el Estado, según los intereses generales fundamentales del país, considera y pone como esencialmente necesarios para garantizar la propia existencia, seguridad y desarrollo normal; la existencia, desarrollo y seguridad normal de las instituciones fundamentales del grupo social en sí mismo organizado; imponiendo de modo absoluto su respeto a los ciudadanos y por una parte (orden público internacional) también a los extranjeros".

Este modo de entender el orden público ha ==

---

(57) "Istituzioni di Diritto Pubblico", parte generale, - 14ª ed. Milano, 1953, pág. 33.

llegado a plasmarse también en la propia jurisprudencia - española. El considerando segundo de la sentencia de 5 de abril de 1966 señala que "el orden público nacional está= integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y - privados, políticos, económicos, morales, e incluso reli- giosos, que son absolutamente obligatorios para la conser= vación del orden social en un pueblo y en una época deter= minada".

Decimos que desde lo ideológico el orden públi= co significa el mantenimiento de unas condiciones concre= tas de existencia que se justifican como el "interés ge= neral" y cuya permanencia se identifica con la paz social. Si bien no cabe realizar la equiparación ideológica domi= nante con ideología de la clase dominante no es menos cier= to que el orden público supone la generalización de deter= minados intereses privados de la fracción hegemónica del - bloque en el poder. Entre ellos descolla, de aquí su espe= cial protección, la toma y mantenimiento en el poder en la medida en que dicha toma y dicho mantenimiento permiten la generalización de sus intereses privados a través de la -= ley; y en última instancia permite el ejercicio de la fuer= za cuando la ideología fracasa en su papel ocultador (el - poder se ejerce en nombre de todos) y legitimador (porque= tutela el "interés general") del poder de dominación. El - Derecho opera la "generalización" de esos intereses priva= dos configurándose así el orden público como la defensa -= del conjunto de relaciones impuestas en torno al grupo he= gemónico. Se aceptan valores de los otros grupos y se inte=

gran en la defensa total de la unidad del sistema en la misma medida en que contribuyen a reproducirlo; incorporados estos valores al Derecho refuerzan la idea de defensa del interés general.

El Estado moderno se presenta como expresión totalizadora y universal frente a los particularismos (costumbre y "privilegio") del Antiguo Régimen. La ley se justifica frente a la costumbre y el privilegio como expresión de la universalidad; su carácter abstracto y formal y su justificación como pacto y voluntad general -aceptación del poder de dominación como mejor defensa de la libertad y la igualdad de todos- es el vehículo transmisor de la ideología del Estado liberal. Las contradicciones - que luego pueda presentar el sistema social, esto es contradicciones entre Derecho y realidad encontrarán muchas veces su explicación irracional en el mito del Enemigo y no en las contradicciones del propio sistema y en la irracionalidad frecuente de muchas de las soluciones apuntadas. Como observa Paramio, "el Enemigo es -debe ser- la explicación de la existencia del mal, del fracaso de los dioses protectores y del orden que estos pretendieron implantar... En el caso del mito del Enemigo, el odio a lo extraño puede ser un primer paso en el odio hacia las minorías, hacia los discrepantes, hacia los diferentes. El mito del Enemigo puede convertirse con gran facilidad en los mitos de la Conspiración interna y de la Agresión exterior"



(58). Veamos tres casos, si no del mito del Enemigo continuamente ofrecido en los discursos de los políticos o - en la "leyenda negra", sí del modo como ha ido evolucionando o como se ha presentado la defensa del interés general.

En determinadas condiciones de producción: necesidad de fuertes tasas de capitalización, autofinanciamiento, crecimiento económico acelerado... la huelga se configura como un delito contra la producción, como un riesgo - para el "interés general" que es fundamentalmente el propio interés de los titulares de los medios de producción - en unas determinadas condiciones de desarrollo de las fuerzas productivas... garantizado y organizado por el Estado. Superada esta fase y apareciendo la huelga como un fenómeno real, la huelga se reconoce como derecho en la misma medida en que es preciso programar no sólo las inversiones - de capital sino su rentabilidad lo que exige también una - programación de la fuerza de trabajo en unas condiciones - de prestación sin alteraciones. Diacrónicamente la perturbación social que produce es la misma tanto si se reconoce como si no se reconoce el derecho de huelga; sincrónicamente no, pues su protección viene exigida por la propia dinámica social. El reconocimiento del derecho de huelga y lo=

---

(58) L. Paramio, "Mito e ideología", Ed. Comunicación, Madrid, 1971, pág. 106.

que supone de esencial garantía de unas mejores condiciones de prestación del trabajo significa la aceptación de un valor extraño, en principio, para los titulares de -- los medios de producción o para aquellos que fijan las -- cotas de crecimiento económico que se incorpora, sin embargo, como una garantía de reproducción de la formación social.

La crisis de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes contratantes, manifestación fundamental de la libertad individual en el campo privado, -- es decir en el campo vetado a la intervención estatal, no sólo se manifiesta en el crecimiento de las limitaciones -- legales sino sobre todo por la falta de efectividad práctica en una sociedad en que las relaciones oferta-demanda son fijadas sin intervención del comprador. La libertad y la igualdad formales --ante la ley-- relacionan a los hombres genéricamente. Es cierto que la defensa de la igualdad de las partes y de la libertad del consentimiento elimina determinadas condiciones externas (miedo, falta de -- conocimiento, violencia...) o protegen situaciones especiales, como la del menor..., que impiden un consentimiento pleno, pero no tutelan efectivamente la existencia de la condición fundamental: la existencia de un mercado de competencia perfecta y la inexistencia de relaciones de -- dominación en el mercado. Si el mercado desaparece en vir

tud de la aparición de monopolios o de "trusts", si es opaco o no es flexible la igualdad de las partes contratantes desaparece ante la inexistencia del mercado. En estas condiciones hablar de igualdad de las partes contratantes es una quimera cuando el comprador no es libre más que para aceptar o no las condiciones. El dogma de la igualdad de las partes contratantes o de la autonomía de la voluntad, defendido como garantía del "orden" de los contratos es así la protección de aquellos que controlan el mercado. El orden público de los contratos exigiría, desde el planteamiento liberal del orden como resultado de la libertad individual, la nulidad de los contratos en que no se diera la condición de mercado de competencia perfecta. La evolución del mercado ha producido también una evolución en el concepto de orden público. Esto es obvio, pero la evolución, en la mayoría de los casos, protege al titular de los medios de producción o de intercambio.

En el caso de la toma y del mantenimiento en el poder la evolución, sin embargo, es de signo radicalmente distinto. Desde la relación orden-ideología-poder-titular del poder, superada ya la alternativa legislación preventiva-legislación represiva de los primeros planteamientos liberales del siglo XIX (59), es preciso tener en cuenta dos aspectos.

En primer lugar, un cambio en los titulares del

---

(59) Para el caso español puede verse el capítulo referido a la evolución de la legislación de orden público.

poder, por vía electoral, golpe de Estado o revolución, - generalmente aporta la llegada de interpretaciones diferentes sobre la libertad, la igualdad y la justicia y en este sentido supone una alternativa de cambio, al menos ideológico (60), pero no por ello tiene por qué producirse una modificación en los mecanismos de defensa del orden, incluso aunque el cambio haya sido violento. La razón de este fenómeno se encuentra en un fenómeno indiscutible: la defensa del orden se presenta ideológicamente como defensa de la paz social o, a nivel de código penal o de legislación sustantiva, como defensa del Estado -de su seguridad interior y exterior, pero si analizamos el "quid prodest" legislativo veremos que la defensa, en gran número de casos es defensa de la toma y mantenimiento del poder por sus titulares, lo que supone la capacidad de influir ideológicamente e institucionalizar sus posiciones, garantizadas, en última instancia, por la posibilidad de recurrir a la fuerza. La defensa de los aparatos de poder es la defen

---

(60) Entiendo por cambio ideológico aquel que se produce únicamente a nivel del conjunto de representaciones sobre la estructura social tratando de reproducirla y mantenerla; por cambio revolucionario aquel que produce modificaciones en el sistema de relaciones, fundamentalmente en relación con los medios de producción.

sa de su ejercicio y de las "plusvalías políticas adicionales", que concede. La historia de la legislación española de orden público es un argumento a favor de lo que decimos. Así la ley de orden público de 1870, que acepta planteamientos moderados y es una ley preventiva, se mantiene en vigor hasta 1933 y la ley de este año hasta == 1959. Las representaciones cambian, incluso la forma de gobierno y los sistemas de control del ejercicio del poder, pero los aparatos de defensa del Estado no observan modificaciones, como no sea para agravar las sanciones.

En segundo lugar una crisis de cambio traduce, por lo general, una crisis de orden público y la traduce porque uno de los grupos en presencia monopoliza o, al menos, utiliza el poder y sus aparatos al servicio de sus propias concepciones y representaciones. En este punto la defensa del orden es la defensa de una situación de privilegio, la defensa del orden es la defensa de la legalidad establecida por el grupo en el poder.

CAPITULO SEGUNDO.- Lo público y lo privado: ideología y poder de intervención del Estado.

Lo público y lo privado plantean desde otra == perspectiva la dimensión propia de lo ideológico al plantear la naturaleza de la intervención del poder del Estado.

do regulando el sistema de relaciones en que se basa la formación social. La distinción es tradicional, conocida ya entre griegos y romanos, pero como dimensión de lo ideológico plantea de nuevo la pregunta sobre su "realidad" y el papel que desempeña: cómo refleja la estructura social y cómo se refleja sobre la actuación del poder.

En términos generales la distinción público-privado es una de las cuestiones fundamentales (61) en el --

---

- (61) J. Freund señala que la distinción público-privado es el criterio que diferencia lo político de lo que no lo es: "la oposición de estos dos conceptos se impone casi por instinto aunque no haya sido siempre formulado explícitamente en todas las sociedades políticas"; "La esencia de lo político" (trad. de Sofía Noël), Editora nacional, Madrid, 1968, págs. 276 y sigs. Sobre los aspectos históricos y dogmáticos seguimos, además de Freund, a Lacroix, "Le public et le privé", Cahiers de l'Institut de Science économique appliquée, 1961, nº 11; W. Martens, "Offentlich als Rechtsbegriff", Verlag Gehlen. Bad. Homburg v.d. H. Berlin Zurich, 1969; Villar y Romero, "La distinción del Derecho en Público y privado, Revista General de legislación y jurisprudencia, enero de 1942, págs. 7-70.

campo del Derecho. Su transcendencia no se limita, como a veces se ha querido ver, a la simple clasificación del Derecho en ramas, sino que presenta, junto a elementos jurídicos estrictos, aspectos sociológicos, económicos y políticos más profundos en relación con el alcance y el sentido del Estado como organizador y como titular de la fuerza. La oposición público-privado (oposición binaria fundamental de la estructura estatal) va ligada a las diversas concepciones sobre el Estado; en todo momento lo planteado es la oposición Estado-individuo que determina un doble tipo de normas jurídicas, de Derecho público y de Derecho privado y un doble tipo de situaciones jurídicas, públicas y privadas.

Si el tema despierta especial interés con el liberalismo (62), las transformaciones que se producen como consecuencia de la generalización de los planteamien

---

(62) La distinción público-privado es conocida ya entre los griegos; encontramos varias referencias en la "Política" de Aristóteles (lib. I, cap. I; Lib. III, --- cap. IV). La contraposición se afianzará con los romanos; "con la progresiva formación del Derecho y del Estado, al constituirse la "civitas" sobre las "gentes" y conservar éstas su autonomía tiene lugar el desdoblamiento del Derecho" (Villar y Romero, O.c. pág. 14)

tos socialistas, sobre todo a partir de la segunda década del siglo XX, y la aparición de una nueva clase exigiendo su propio protagonismo histórico va a significar un nuevo replanteamiento del problema en la medida en que esta clase triunfa -Revolución rusa de 1917- o en la medida en que hay que llegar a un compromiso. La crisis económica de 1929 señalará el comienzo de una nueva etapa. El=

---

Así Ulpiano, "Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem";= o Papiano que afirma: "ius publicum privatorum pactis= mutari non potest".

Se suele señalar que la distinción es desconocida - en la Edad media; al no distinguir entre soberanía y - propiedad solo hay normas. Sin embargo hay quien opina (Chevrier, Kirchner, Habermas...) que la distinción se mantiene. Así para Kirchner el término "herrschaftlich" (señorial) es sinónimo de público. Chevrier ha demostrado que los juristas franceses anteriores a la recepción del Derecho romano utilizan igualmente la distinción.

A partir de la recepción del Derecho romano la distinción adquiere carta de naturaleza en toda Europa; adquirirá pleno sentido en el Renacimiento al afirmarse - la supremacía del Derecho del Estado (consecuencia de - la "razón de Estado") sobre los individuos y sobre los= pactos y se radicalizará a partir de la Revolución francesa y el triunfo de los planteamientos liberales y la=



Estado abstencionista liberal dejará definitivamente de serlo para intervenir cada vez más decididamente en la regulación de la economía y de la libertad buscando la mejora de las condiciones de existencia de las clases oprimidas y su participación en el consenso legitimador del ejercicio del poder. Desde el Derecho asistiremos al fenómeno conocido como la "progresiva publificación del=

---

distinción más neta que nunca entre Estado e individuo.

El término "público" aplicado fuera de las cosas políticas se utiliza por primera vez en 1629 para designar a los espectadores de un teatro, tal vez porque como señala Habermas (citado por Freund, O.c., pág. 395) este "público" se componía preferentemente de personas cercanas al poder, la "Villa y Corte". A finales del siglo XVIII aparece en Inglaterra el término "public" para designar lo que anteriormente se denominaba "mankind o "world". En el mismo siglo comienza a utilizarse en Alemania la voz "publikum" y en Francia e Inglaterra los términos "opinion publique" y "public opinion" sustituyen a "opinion commune" y "general opinion".

Maertens estudia los significados que en Alemania ha tenido el término "publikum" y advierte que en primer lugar se usa como sinónimo de común y así se habla de lugar público o común. De aquí deriva que más adelante se aplique a contenidos y materiales como unidad común o pública. En segundo lugar, como adjetivo de raíz latii

recho tradicionalmente privado". La libertad individual - no será ya absoluta, sino en el marco de la ley y frente a la ausencia de regulaciones -sólo se interviene una vez producido el desorden- aparecen medidas preventivas de policía. El empresario no es absolutamente libre para con-==tratar la fuerza de trabajo y aunque la propiedad privada siga siendo, como para Locke, la garantía suprema de la - libertad, se comienza a hablar de su función social... == Del derecho privado, del campo vetado a la acción del Es-

---

na ("populus") es "lo que pertenece al pueblo o lo == que llamaríamos Estado. Desde este punto de vista enlaza con el concepto de "res publica", como lo que es == propiedad del pueblo, o como Derecho público para sig-nificar el que deriva del pueblo. Así se identifica == con estatal, lo que corresponde al imperante, y opues-to a privado -cosas privadas, Derecho privado, utili==dad privada...-. Así en la Glosa, público es lo no-se-creto y lo que gira en torno al poder o el Rey; de a==quí derivan los términos, funcionario público, servi==cio público e, incluso, la distinción Derecho público, Derecho privado. Maertens recuerda que en 1740 Zedler= distinguía entre público, como lo que es claro y noto-rio; público como correspondiente a la autoridad pública; y público, como perteneciente a la comunidad.

tado pasamos a un Derecho intervenido que reúne en sí todas las características de la imposición jurídica de Derecho público. El orden ya no es en este momento el resultado del libre juego de las fuerzas de la libertad individual sino que en mayor y mayor medida es el resultado de la acción del Estado sobre los individuos.

Para los juristas el problema se ha centrado -- principalmente en torno a la distinción Derecho público-Derecho privado y normas de Derecho público o de Derecho privado. En torno a la distinción han surgido tres grupos de teorías: a) teorías dualistas (63): reconocimiento de un -

---

(63) Villar y Romero en el artículo citado las resume así:

a) teoría del interés: según el interés tutelado - (general o particular): Gabba, Storfi, Merkel, Ranelletti, Romano, Alimena, Royo Villanova, de Diego...

b) teoría de los sujetos: según intervenga o no el Estado, si bien algunos exigen que intervenga revestido de "imperium".

c) teoría teleológica; según que el fin sea el Estado o el individuo. Prácticamente es un elemento de corrección de la teoría anterior y ambas son defendidas -- prácticamente por los mismos autores: Kant, Savigny, - Ihering, Capitant...

d) teoría de la acción: según engendre la infracción una acción pública o privada: Thon

e) teoría del "ius cogens" - "ius dispositivum", las -

doble tipo de normas; b) teoría de la existencia de normas de Derecho público, eclesiástico y privado; c) teorías monistas, no cabe distinción; así Comte y los positivistas; Kelsen (64) para quien el dualismo ha de ser -

---

primeras, de Derecho público, no pueden ser derogadas por pactos privados y los derechos que reconocen no pueden ser renunciados, a diferencia de las segundas que actúan en defecto de pactos privados.

f) teoría del rango superior del Derecho público, todo el Derecho es público pues procede del Estado, pero algunas normas lo son doblemente al regular la actividad del Estado: Del Vecchio

g) teoría del Derecho sustantivo (privado) y del Derecho adjetivo (público). El primero es medio para realizar en la sociedad todos los fines de la vida; el segundo fija las condiciones, las formas, que hacen posible el Derecho sustantivo que, a su vez, regula instituciones que como la familia y la propiedad no son estrictamente jurídicas: Valverde

h) Teoría del derecho formal y material: Derecho público es para Gysin el que organiza la situación jurídica y se opone a Derecho material, no a Derecho privado.

i) teoría de la patrimonialidad: todo lo patrimonial y solo lo patrimonial pertenece al Derecho Privado (64) "Diritto pubblico e privato"; Rev. intern. di Filosofia del Diritto, 1924, págs. 340 y sigs; y "Teoría general

negado como una distinción "funestísima" por su conexión - con la distinción ficticia entre Derecho y Estado; en esta misma posición milita Duguit.

La crítica al positivismo la hemos desarrollado directa e indirectamente en páginas anteriores y a ella - nos remitimos. La tesis tripartita, francamente minoritaria, al menos en los países occidentales cristianos, no - parece tener excesivo sentido en ellos en el seno de una - cultura eminentemente laica y desde el punto de vista jurídico más estricto no se ve la eficacia de normas eclesiásticas no refrendadas por el poder estatal. Por su lado las teorías dualistas tratan de afrontar el problema en la mayoría de los casos desde la doble perspectiva jurídica - y político ideológica, si bien al insistir fundamentalmente en el primer carácter e independizar el Derecho de la estructura social, de los titulares del poder, de las condiciones de existencia y de sus representaciones ideológicas ... ofrecen soluciones por lo general inoperantes. Decir, - por ejemplo, que la distinción es una contraposición "iuscogens"-"ius dispositivum" es reducir el análisis del Estado y la mera función de ejercicio de la fuerza. Y aún en este caso de nada sirve si no se analiza en beneficio de -

---

del Estado" (trad. de L. Legaz Lacambra), Ed. Labor S.A.=  
Barcelona, 1934, págs. 105-120.

quién se emplea la fuerza, es decir si no se analiza la repercusión de la norma sobre el sistema social.

Maertens ha resumido así las tres acepciones fundamentales del término "público". En primer lugar, se trata de un concepto empírico social equivalente a la publicidad, esto es la apertura o admisión a una mayoría de personas que pueden utilizarlo, cooperar o participar así como la visibilidad y posibilidad de que un gran círculo de personas pueda apreciar su existencia. En este sentido a la publicidad se unen generalmente valores como verdad, lealtad, justicia...

En segundo lugar, público se identifica con lo común y el uso ordinario desde el siglo XVIII significa lo estatal y su poder originario de superioridad. La idea de poder político se vincula a la idea de la responsabilidad del Estado por las acciones perjudiciales realizadas por los funcionarios y en general al ejercicio de competencias de superioridad. En general el sujeto de este poder es la "res publica", esto es la comunidad. De aquí derivan la designación de "público" a todos los portadores de este poder de superioridad estatal, v.gr.: funcionario público, persona de Derecho público, corporaciones públicas, etc.

En tercer lugar, Maertens considera lo público como elemento de un juicio de valor, cuyo prototipo lo constituye lo que se llama "interés general" o "interés -

público". A esta misma noción corresponden las ideas de necesidad pública, orden, seguridad y paz pública... todas ellas relacionadas con la idea del "interés publico".

Todos estos intentos, todas estas aproximaciones olvidan, tal vez por defecto de perspectiva o deformación profesional -juridicismo-, plantearse el punto de partida: la realidad y el arranque de la oposición público-privado. Lo público y lo privado, la publicación del Derecho privado o la privatización del Derecho público sólo tienen sentido pleno desde la totalidad social. Lo público y lo privado no es un problema exclusivamente jurídico, sino metajurídico. Lo jurídico es resultado de una operación posterior. La propiedad no es ni de Derecho privado ni de Derecho público, valga a modo de ejemplo. Su regulación por uno o por otro es resultado de una operación ideológico-política anterior. Y lo que decimos en torno a la propiedad puede ser extendido a otros conceptos tradicionalmente privados o tradicionalmente públicos. Lo público y lo privado va ligado a las representaciones y formas de conciencia y en la estructura social.

Ahora bien, en este sentido constituye un error grave de perspectiva identificar lo privado con lo individual o con la concurrencia en régimen de igualdad, porque ésta no es efectiva, es sólo ante la ley. La crisis tantas veces apuntada de la autonomía de la voluntad o de la igualdad de las partes contratantes es una muestra palpable de lo quedecimos. La igualdad es o debe ser una igualdad exis-

tencial no la simple igualdad ante el Derecho consagrada por la ley. Tampoco lo público es pura y simplemente el campo de la desigualdad y del dominio político. Si lo privado se quiere contraponer en este sentido a lo público - es preciso recordar que es así precisamente porque lo reconoce el Derecho.

Unido a lo anterior la oposición se ha querido - presentar como una oposición coerción (lo público, la libertad) no-coerción (lo privado, la libertad). Este es el planteamiento de Hayek en "Road to Serfdom", "The Constitution of Liberty" etc. y de toda la vieja guardia conservadora y, en cierta medida, el planteamiento liberal primitivo. Hayek ve al final del creciente proceso de intervencionismo estatal (ampliación del campo de lo público y, por tanto, de la coerción) el fin de la libertad y el totalitarismo; lo público es así una idea horrenda que debe ser limitada a su mínima expresión si no queremos que la libertad peligre. El error de este tipo de afirmaciones es claro al no percibir que la dominación no es sólo ejercida -- por el Estado y que la ley, a pesar de su formal abstracción, es defensa de intereses concretos y que la opresión puede discurrir por los caminos de lo "privado" como señala Althusser, "el Estado (...) no es ni público ni privado, es, por el contrario, la condición de toda distinción entre público y privado. Lo mismo podemos decir partiendo de esta vez de nuestros Aparatos ideológicos de Estado. Poco im



porta que las instituciones que las realizan sean "públicas" o "privadas". Las instituciones privadas pueden funcionar perfectamente como aparatos ideológicos de Estado (65). La distinción público privado deriva plenamente de lo ideológico, pudiendo configurarse, al menos en determinados casos, como factor de ocultación de una situación de dominación. El orden jurídico-estatal es ante todo unidad de sentido, una forma de cohesión interna que se percibe en sus efectos.

La oposición no es, pues, originariamente jurídica aunque tenga desde el Derecho y el Estado su manifestación máxima a través del poder de dominación que la respalda. Siendo así las cosas y afirmando<sup>ndo</sup> que el Derecho es uno como lo es el Estado y reconociendo el carácter ideológico de la distinción podemos decir que desde el refrendo jurídico y desde la técnica jurídica, lo público introduce la nota de unidad de defensa de la unidad del Estado y del Derecho frente a reales o posibles antagonismos. Frente a la posibilidad de pactos diferentes se introduce la unidad, la inderogabilidad de determinados valores que, - en principio, deben ser respetados por todos. Lo público se enmarque en una disciplina de Derecho privado o de Derecho público, expresa una regulación unitaria garantiza--

---

(65) "Escritos", pág. 124.

da desde el poder. Esta regulación unitaria en unos casos trata de defender la igualdad formal -unidad- de los ciudadanos; en otros la unidad ideológica y técnica del ordenamiento; en otros vela y tutela la esencial unidad de las instituciones y aparatos de poder como garantía de la unidad del Estado... si bien siempre desde la estructura formal del Derecho y desde el carácter genérico y abstracto de su planteamiento, es decir desde la justificación genérica basada en el "interés general". En todos los casos lo público introduce un principio de homogeneidad frente a la diferenciación (66) de lo privado, sin olvidar que lo privado lo es porque así lo consagra una decisión previa garantizada por el Derecho. La extensión y recortamientos recíprocos del respectivo campo de acción no rompe la unidad del Estado y desde la realidad la dominación se plantea tanto a través de la represión como a través de una irreal igualdad formal. Lo público y lo privado señalan así dos campos de intervención del Estado. En ambos casos se defiende un mismo "interés general" y la intervención del poder en lo "privado" y la defensa de lo "privado" viene requerida precisamente por la necesidad de salvaguardar dicho interés.

---

(66) Compárese, por ejemplo, la diferencia existente entre hablar de lugar público, parque público, local público, calle pública... y lugar privado: parque privado, local privado, calle privada...

Ya hemos señalado la inexistencia de diferencias sustanciales entre el orden público y el orden jurídico-estatal. La misma confusión terminológica entre norma de orden público y ley imperativa lo indica así. Ahora - bien la llamada al orden público trata de introducir la nota de la unidad -llámese "interés general", "paz social", "tranquilidad ciudadana" o la unidad del ordenamiento jurídico...- y la defensa de la unidad del orden del Estado señalando un principio de justificación de la intervención del poder del Estado. Este principio justifica tanto la -- creación de una normativa nueva regulando determinados aspectos en torno al ejercicio de los derechos y libertades= o protegiendo el ejercicio del poder por sus titulares. En otros casos la intervención opera autorizando al juez o a los órganos del poder ejecutivo a conocer y, en su caso, a sancionar una conducta como contraria al orden público en términos generales o "indeterminados", de modo que determinados hechos elevan a la categoría de fuente del Derecho la voluntad del intérprete (autoridad o funcionario) que - tiene competencia en esa materia.

### CAPITULO TERCERO.- Orden y legalidad

(67)

J. Freund señala dos modos de entender la idea de orden. Por la primera se entiende el orden como conven

---

(67) "La esencia de lo político", pág. 276 y sigs.

ción, como acuerdo de las fuerzas en presencia, por ello "el orden se desgrada en cuanto aquellas fuerzas contrarias dejan de equilibrarse"; y en segundo lugar, el orden es resultado de la dominación, de la imposición de categorías por quien está investido de mando y la aceptación de las mismas por quienes deben obediencia.

El orden-convención nos coloca en relación con la idea de orden moral (la justicia, el Derecho natural,= la regla de Derecho...) y con el concepto político de legitimación. Nos remonta así a las teorías del pacto social. El orden-dominación hace referencia directa a la legalidad y al orden material. Si en el primer caso el orden puede ser definido positivamente, en el segundo el orden se caracteriza negativamente como ausencia de desórdenes.

El orden-convención entra de plano en la vertiente ideológica del problema e implica siempre una toma de posición previa ante lo político. Desde el orden la legitimidad solo tiene sentido en el seno de un análisis previo de la legalidad en que pretende basarse o mostrarse. El término convención aplicado en el primer caso es más un recurso lingüístico que una realidad; expresa una aspiración. El orden es siempre, desde el Estado, dominación siquiera porque se defiende desde las prerrogativas del poder y porque, aún justificada su defensa como el interés general y la paz social, tutela ante todo un concreto sistema de relaciones y un concreto ejercicio del poder, aunque conven-gamos con M. Hauriou que la paz material es, en sí misma,=

un bien. Como han puesto de relieve la teoría de la comunicación y la psicología social, dominación no puede identificarse con dominación a través de la legalidad. "La legalidad, como observa Freund, es sólo una de las técnicas que utiliza lo político para asegurar el orden y la autoridad, al lado de la propaganda, la fuerza, la astucia y= hasta la violencia" (68) pero si es evidente que estos elementos junto a los intereses, las costumbres, las representaciones inhibitoras prestan una ayuda nada despreciable al mantenimiento del orden es igualmente claro que su influencia no sería tan fuerte ni tan sólida si el poder= no asegurara el orden desde el peso de sus prerrogativas.

La legalidad y el dominio sobre la legalidad se convierte así en instrumento del orden y en el factor principal de su mantenimiento y en la medida en que liga igualmente a gobernantes y gobernados es un instrumento, al menos aparente, de racionalización del poder. Ahora bien, y= vuelvo a insistir en ello porque supone el punto clave de= cuanto podamos decir sobre la legalidad, el orden, como la ley, se fijan preponderantemente desde el poder y el titular del poder, en todos los casos, puede modificar o bur= lar la legalidad.

Si el orden-convención nos remite a lo político-ideológico, el orden-dominación a la técnica jurídica. El=

---

(68) J. Freund, O.c., pág. 327.

constitucionalismo del Estado de Derecho debe partir de estas premisas si no quiere convertirse en papel mojado. El culto a la legalidad no sólo puede quedar profanado - por los titulares del poder sino que además la legalidad es incapaz de captar toda la realidad. El papel de los - conceptos jurídicos indeterminados o las normas que se - suceden sobre una misma materia lo corroboran. La ley inmoviliza en su estructura formal.

### 3.1.- La perspectiva actual de la legalidad

El carácter fetichista del orden público apuntado en páginas anteriores tiene su antecedente en el fetichismo propio de la legalidad: el sometimiento a la ley nos hace libres. Así expone Hayek esta idea: "la concepción de la libertad bajo el reino de la ley reposa sobre la tesis siguiente: cuando obedecemos las leyes, en el sentido de reglas generales y abstractas, formuladas por referencia a una eventual aplicación a nosotros mismos, no nos hallamos sometidos a otro hombre y, por consiguiente, somos libres" (69). La ley como garantía de la libertad nos ofrece actualmente el panorama de su control por el poder ejecutivo. Afrontar el sentido del orden (público) en el Estado moderno es, a la vez, como ve

---

(69) "The Constitution of Liberty", Chicago, 1960, pág.= 153; recogido en R. Aron, "Ensayo sobre las libertades", Alianza Editorial, Madrid, 1966, pág. 127.

nimos insistiendo, afrontar el sentido de su defensa y - de las técnicas de su perpetuación.

El poder ejecutivo -Gobierno y Administración- que se va configurando históricamente como el residuo de poderes que permanecen en el Rey, va a rebelarse continuamente contra su propio proceso histórico. El poder racionalizado a partir de las revoluciones liberales como garantía de la libertad, acaba convirtiéndose en el principal enemigo de las libertades y los derechos. Las transformaciones que experimenta el Estado moderno desde el Estado=legislativo al Estado administrativo, desde la supremacía de la ley como garantía de la libertad y la igualdad (abstractas y formales) hasta el predominio del reglamento y=el decreto por su "eficacia", configuran la racionalidad=democrático-liberal al compás de la crisis de la representación. Todos los intentos de defensa de lo democrático a través de la supremacía de la ley aprobada por el Parla=mento se desbaratan en un enfrentamiento con los mil artificios de defensa de la supremacía y "soberanía" del Eje=cutivo. El poder, el poder ejecutivo, titular supremo de=la soberanía se rebela frente a todos los intentos de juridificación.

El sometimiento a la ley y a la racionalidad -parlamentaria se verá atacado por el abuso del decreto=ley decreto... en un riesgo continuo de ruptura constitucio=nal; por vía de la disolución del parlamento; por el con=

trol de la iniciativa legislativa y de la fijación del -  
orden del día parlamentario; por la indeterminación, queu  
rida y buscada, de la descripción de las competencias --  
del Ejecutivo y de los límites de su hacer... En otros -  
muchos casos será la propia aquiescencia parlamentaria -  
quien permita esta situación. Situaciones todas ellas en  
las que la única limitación efectiva al poder es la pro-  
pia conciencia democrática de sus titulares. Como el prop  
pio M. Hauriou ha observado, "el poder legislativo es un  
poder gubernamental mayoritario, sometido a todos los man  
ejos políticos y particularmente al de la subasta elec-  
toral...., es preciso desconfiar en este punto de la moder  
ración del Parlamento y de su respeto a la Constitución"  
(70). Igualmente se rebela frente a la posibilidad de rev  
visión jurisdiccional de sus actos a través de los mil -  
enredos técnicos del acto discrecional, del acto políti-  
co o de exclusiones explícitas por la ley; por su poder=  
de obstaculización de la Justicia retardando la remisión  
del expediente al Tribunal... El Ejecutivo es hoy el po-  
der por excelencia y este proceso parece irreversible --  
(71).

---

(70) Citado por García Oviedo, "El constitucionalismo de  
posguerra", Sevilla, 1931, pág. 264.

(71) En este sentido el artículo de César Enrique Romero,  
"El poder ejecutivo en la realidad política contem-  
poránea" REP, nº 131 (1963), pág. 49 y sigs.



En la crisis de la separación de poderes, el poder ejecutivo ha ido creciendo al asumir para sí nuevas actividades e intensificando sus poderes tradicionales a impulsos de la necesidad de "eficacia". Su posición quedará robustecida en su lucha frente al sometimiento al Derecho por el conjunto de prerrogativas con que arroja su actividad; así el poder reglamentario, el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y la ejecutividad de oficio, de dichos actos, la existencia in justificada del recurso administrativo previo a la vía contenciosa, las potestades sancionadoras -Derecho penal- paralelo-, el principio "solve et repete", la facultad in interpretación de conceptos jurídicos indeterminados como el "orden público", y tal vez sobre todos su poder de declaración del estado de excepción. Como señala C. Schmitt "quien domine el estado de excepción domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige". La posibilidad de declarar el estado de excepción señala un dato que no admite discusión: esta posibilidad, refrendada por el Derecho, pero interpretada por los titulares del poder señala hasta qué punto es cierta la afirmación de que el poder no tiene más limitaciones que las que sus propios titulares se imponen.

Toda la evolución del poder ejecutivo viene marcada por la presencia de una contradicción fundamental en tre los intentos por limitarlo y someterlo al Derecho y su defensa frente a este intento. "Reclamar protección a=

la vez por el poder y contra el poder, he aquí el drama cotidiano y sin cesar renovado del hombre" (72).

Carl Schmitt analizando la cuestión más allá incluso de la propia normatividad constitucional observa la existencia de lo que denomina "plusvalías políticas adicionales" en los titulares del poder. "Por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y el logro de la mayoría" (73). Estas primas son las siguientes: a) el poder de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados y discrecionales; b) la presunción de legalidad de los actos administrativos; c) y la ejecución de oficio de dichos actos; d) posibilidad de modificación de la normativa electoral con vistas a asegurarse la reelección; e) el aprovechamiento de la promulgación de una constitución para vincular a ulteriores titulares del poder a disposiciones de tipo jurídico material. Cualquier análisis sobre los fenómenos de poder, al margen de metafísicas inútiles,

---

(72) Michel Dran, "Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques", LGDJ, Paris, 1966, pág. 5

(73) "Legalidad y legitimidad", Ed. Aguilar, Madrid, 1971, pág. 49 y sigs.

es preciso que tenga en cuenta estas posibilidades, so -  
pena de una radical frustración del intento.

Al mismo tiempo que se destaca la independen--  
cia de la Administración reforzando su posición frente a  
todo tipo de controles interorgánicos, la Administración  
y el Gobierno desarrollan su campo de acción en zonas an  
tes vedadas y con una profusa diversificación de técni--  
cas y de mecanismos de legitimación de su actuación. No=  
otra cosa van a suponer el fomento o el servicio públi--  
co. Desde el carácter excepcional de la actividad de po-  
licía del Estado liberal primitivo hasta las actuales in  
tervenciones directas de limitación de la libertad y re-  
gulación de la iniciativa privada, desde las formas del=  
"laissez-faire, laissez-passar" (Estado gendarme mantene-  
dor del orden) hasta la gestión directa (Estado empresa-  
rio) las transformaciones del poder ejecutivo son parale-  
las al declive del Parlamento (74). Al tiempo y reforan

---

(74) B. Jeanneau ("Droit Constitutionnel et institutions  
politiques", 2ª ed. Dalloz, Paris, 1968, pág. 67) -  
habla de "un nuevo reparto de competencias entre los  
órganos del Estado y mayormente entre el Ejecutivo=  
y las Asambleas". Como señala no es posible seguir=  
hablando de un Parlamento que hace la ley y un go---

do esta impresión se operan, en áreas del Ejecutivo, frecuentes fenómenos de personalización del poder buscando= la legitimación de sus actos en el "carisma" antes que - en principios democráticos.

---

bierno que las Ejecuta pues la función legislativa es compartida entre las Asambleas y lo que aún se denomina de forma corriente, pero inexacta, el poder ejecutivo y que Jeanneau prefiere llamar poder ACTIVO, del mismo modo el poder legislativo al poder deliberante= y de control, garantizadas ambas por el juego político de la oposición.

La personificación del poder y el carácter de motor de la vida política de los órganos del Ejecutivo, sobre todo el Gobierno, han quedado recogidos en la ley orgánica del Estado de 1967 en su art. 13: "El Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros (...) es el órgano que determina la política nacional, asegura la aplicación de las leyes, ejerce la potes==tad reglamentaria y asiste de modo permanente al Je==fe del Estado en los asuntos políticos y administra==tivos".

La fuerza con que se impone el fenómeno no debe impedir que hagamos una serie de consideraciones sobre el mismo.

La separación de poderes surge en Montesquieu como resultado histórico de la lucha contra el absolutismo monárquico del Antiguo Régimen y como garantía de la libertad y la seguridad (jurídica), frente a la voluntad todopoderosa del Monarca al tiempo que el Parlamento se constituye en garantía de determinados privilegios de la nobleza. Como señala Loewenstein comentado a Montesquieu, "la libertad es el "telos" ideológico de la separación de poderes, la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder" (75). "Le -- pouvoir arrête le pouvoir". El carácter totémico de la separación de poderes sus aspectos fetichistas --desde el rechazo del absolutismo monárquico, proteger la libertad y la igualdad moderando y limitando el ejercicio del poder-- puede ocultar su real encuadramiento histórico. La burguesía que, en la evolución francesa se adueña del poder, que no llega a rechazar totalmente la Monarquía, sí el despotismo de los últimos monarcas --contra Prelot y --

---

(75) K. Loewenstein, "Teoría de la Constitución" (trad. esp. A. Gallego Anabitarte) Ed. Ariel, Barcelona, - 1965, pág. 55.

tros intérpretes hay que reconocer que el propio Montesquieu es un monárquico- articula su propio poder y el -- mantenimiento del mismo a través de la supremacía del -- Parlamento.

Las restricciones al sufragio vienen a ratificar el sentido de este apoderamiento. El Parlamento encauza la garantía del poder adquirido por la burguesía.= Ella lo constituye, a ella se le reconocen derechos, e= lla elige sus miembros a través de todas las formas de - sufragio restringido... El fetichismo del carácter democrático de la separación de poderes (76) juega el papel=

---

(76) Cfer. Eisenmann, "L'esprit des lois et la separation de pouvoirs", Melanges Carré de Malberg, Paris, 1933= Althusser, "Montesquieu: la política y la Historia", Ed. Ariel, Barcelona, 1974, pág. 117 y sigs. Para am bos autores Montesquieu no establece un esquema de - división de poderes, sino el reparto de dos poderes= -ejecutivo y legislativo- entre tres potencias: Rey= nobleza y pueblo. Althusser dirá expresamente: "La - moderación (...) no es el simple respeto de la legalidad, sino el equilibrio de los poderes, es decir,= el reparto de los poderes entre potencias, y la limi tación o moderación de las pretensiones de una poten cia por el poder de las otras. La famosa separación= de poderes es sólo el reparto ponderado del poder en

de ocultar, al menos en el momento en que surge, un poder ejercido por y para la burguesía. Así y bajo un as-pecto nuevo el interés privado ha quedado sacralizado - en el mito democrático. El Parlamento que ha minado el poder del Rey, que robustece su posición con la no posi-bilidad de revisión jurisdiccional de sus actos -si ex-ceptuamos, cuando se admita, el control de constitucio-nalidad- va a sufrir en sí mismo, sin embargo, la im---pronta de nuevas técnicas de organización del poder. La aparición a lo largo del Siglo XIX de esquemas republi-canos y la nueva racionalidad monárquica: a) Ejecutivo= dualista -Rey y Consejo de Ministros-; b) Ejecutivo con apoyo en la mayoría parlamentaria, van a significar de-nuevo la vuelta a la supremacía y preeminencia del Eje-cutivo que controla el funcionamiento del Parlamento. - Si el predominio del Rey en el Antiguo Régimen se basa-ba en razones sentimentales o carismáticas, en la heren-cia o en el origen divino de su poder, la nueva raciona-lidad se basará en el sufragio, en la elección, en el - número.

Las transformaciones sociales posteriores, la

---

tre potencias determinadas: el Rey, la nobleza, el= pueblo", O.c., pág. 123.

extensión del derecho de sufragio, el desarrollo capitalista que concentra la riqueza en manos de unos pocos y exige rapidez y eficacia en las medidas, el reconocimiento del derecho de asociación, la aparición de las organizaciones obreras socialistas -sindicatos y partidos-, el protagonismo creciente de los partidos, el intervencionismo en materia económica y el control de la libertad... van a recibir el esquema de organización y de moderación del poder surgido en la Revolución y lo van a modificar al servicio de los nuevos intereses. La conquista del poder que pudo ser en la etapa anterior la conquista del poder Legislativo va a centrarse de nuevo en la conquista del Ejecutivo, como nuevo centro de poder. Este es el sentido de la crisis del Parlamento. En la medida en que la aparición de ejecutivos dualistas supongan un nuevo recorte al poder del Rey, la conquista del poder ejecutivo, último reducto de la autoridad real, supondrá la culminación de la lucha frente al absolutismo monárquico. Pero no por ello, y sólo por ello, la libertad quedará mejor protegida.

El Ejecutivo reforzará su posición a través de muy diversos mecanismos, reforzando sus poderes tradicionales y asumiendo nuevas competencias. La lucha por el Estado de Derecho será fundamentalmente la lucha por la juridificación del Ejecutivo. Este incremento de poderes va a tener una especial relevancia en materia de tutela-



de la libertad. Frente a la protección legislativa o jurisdiccional de la libertad, surge la protección --o vigilancia-- por el Ejecutivo que mantiene en sus manos la función de policía del orden público y que llegara a adquirir la función asignada en un primer momento a las Cámaras, aunque no en todos los países, de declarar el Estado de excepción. La protección legislativa y jurisprudencial de la libertad acaba siendo una protección frente a los posibles ataques a la libertad dirigidos desde los órganos del Gobierno y la administración, aunque, como es evidente, no en todos los casos se trata de defender al ciudadano frente al poder ejecutivo. La protección legislativa se plasmará, desde la supremacía de la ley formal, en el principio de legalidad: sólo puede limitarse la libertad en virtud de ley formal que así lo autorice y la legalidad de la medida queda condicionada a dicho sometimiento. La protección jurisdiccional quedará plasmada en el recurso ante los jueces y tribunales contra los posibles errores o arbitrariedades del Ejecutivo.

Es en este marco en el que entendemos y localizamos el ejercicio de la función de policía. Un análisis realista de dicha función no puede olvidar sus propios condicionantes históricos no puede olvidar sus propios condicionantes históricos si no queremos caer en utopismos sin sentido. No se trata únicamente de dar un juicio favorable o desfavorable de los incrementos de poder del

Ejecutivo y del riesgo que esta situación ha engendrado al poner en peligro las garantías de la libertad; se trata fundamentalmente de insistir, y cada vez en grado mayor, en la necesidad de reforzar por todos los medios la defensa de la libertad. Desde los aspectos técnico-jurídicos de dicha defensa y en el marco de las limitaciones apuntadas, no cabe duda que es precisamente el total sometimiento al Derecho de los órganos de poder, una de las garantías fundamentales que debe ser alcanzada en una sociedad que pida para sí el calificativo de democrática. Solo así y en la conciencia democrática de los titulares del poder la libertad es seguridad frente a la arbitrariedad.

Desde este arranque de las perspectivas actuales de la legalidad y en su contexto es preciso volver a insistir en el riesgo que para la libertad constituyen las prerrogativas del poder, riesgo que se acrecienta en materia de ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración y es por ello por lo que insistimos de nuevo en la conciencia democrática de los titulares del poder aún a riesgo de irracionalidad -si es que, acaso, se puede pensar que la racionalidad de los fenómenos de poder se agota en su sometimiento a la ley-. En un sistema de protección-vigilancia administrativa de la libertad no cabe mayor garantía que la confianza en la responsabilidad de la autoridad o el funcionario y en su inter

pretación favorable a la libertad. La revisión jurisdiccional aparece como la última garantía... pero el perjuicio puede haber sido ya causado, pues como hemos señalado la limitación a través de conceptos jurídicos indeterminados, como el orden público, condiciona el ejercicio de la libertad a la apreciación de condiciones de hecho.

En el marco de la nueva organización de poderes tratamos de descubrir las posiciones del Ejecutivo. No se trata de definirlo teóricamente, ni de hablar de la "ejecución" de la ley o de la tutela del interés general... ni de cualquier otro tipo de precisiones teóricas. Interesa delimitar el modo como actúa y como se consolida el hacer del Ejecutivo tutelando el orden público, o sea, fijando las condiciones de hecho a partir de las cuales pueden ser ejercitadas las libertades.

Desde esta perspectiva es como <sup>E</sup> puede interpretarse el orden como situación de normalidad o, tal y como define el orden público el Diccionario de la Real Academia Española, como "situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta". Así desde la legalidad y sus peculiaridades el orden es, ante todo, aceptación de lo ordenado y en este sentido, aunque referido únicamente a los reglamentos de policía, adquieren su dimensión más correcta las pala---

bras de M. Hauriou, "las poblaciones obedecen los reglamentos de policía sin estar satisfechas desde el punto de vista de la justicia por miedo al apremio o a la represión o únicamente porque la paz material que permite el ejercicio práctico de determinadas libertades es ya en sí misma un bien"(77).

### 3.2.- Técnicas jurídicas de defensa del orden público.

La defensa del orden público se realiza por tres vías. En primer lugar, por la propia ideología presentando determinadas representaciones, aunque obedezcan a intereses privados, como el "interés general", justificando por este camino la intervención del poder del Estado; en segundo lugar, a través de la institucionalización jurídica de la ideología y de los mecanismos de defensa de la ideología; en tercer lugar, a través de los órganos de interpretación que adaptan la rigidez jurídica a las transformaciones sociales... Los caminos de la ideología son múltiples y no se reducen a la lega

---

(77) "Principes de Droit Public..." 2ª ed. Ed. Sirey, - Paris, 1916, pág. 45.- El subrayado es mío.

lidad pudiendo hablar también de la propaganda directa y subliminar... interesa, sin embargo, fundamentalmente la legalidad; el resto de posibilidades de comunicación ideológica suponen más bien un apoyo a la filtración ideológica por los caminos de la ley. Esta función de apoyo encuentra su explicación en el otro fenómeno --unido al orden público: el poder; el poder se defiende-- desde quien tiene poder; frente al fracaso legitimador-- y ocultador de la ideología podrá recurrir al empleo de la fuerza. En la misma medida en que decimos que el orden público se identifica con el orden jurídico estatal y su defensa, el orden público enmarcado en la legalidad --la justificación definitiva para intervenir, para-- limitar o regular es la ley-- se identifica con el or--den establecido y la defensa del orden público es la defensa del orden establecido.

En segundo lugar las técnicas de defensa del orden vienen determinadas por la distinta naturaleza --de lo defendido, aparatos ideológicos y aparatos de Estado y en el primer caso por el marco público o privado de lo defendido que determina, como sabemos, campos de actuación distinta al plasmar de modo distinto el poder de dominación. En este sentido el orden público actúa --en unos casos limitando el ejercicio de los derechos y-- en otros defendiendo el ejercicio del poder, lo que de-

termina también que las medidas a través de las cuales se trata de restablecer el orden o imponer una sanción por su infracción sean diferentes. En unos casos a través de actuaciones de los Tribunales de justicia, en otros a través de un acto administrativo (v. gr.: sanción administrativa, censura...) o de un acto "político" -- (declaración del estado de excepción). Sin embargo en todos los casos el punto de apoyo de la intervención estatal arranca o de la norma o de la llamada "indeterminada" al orden público.

### 3.2.1.- Limitaciones a través de la ley

En torno a la limitación por la ley se han producido dos fenómenos que deben ser destacados: la "trivialización" de la idea de ley y la identificación de norma de orden público con ley imperativa.

Las limitaciones desde la ley han recorrido un camino tal que su trivialización posterior ha reforzado su papel de vehículo transmisor de dominación. Si la ley fue en un primer momento la garantía de la libertad, en cuanto traduce la voluntad general a través del Parlamento, se comprende su papel de límite: es el pueblo quien se autolimita a través de sus representantes. La trivialización a que aludimos no se re-

fiere a este planteamiento general, a pesar de que la= garantía de este papel de la ley lo constituyen el prin= cipio "la ignorancia de la ley no exime de su cumpli= miento" y la admisión de la democracia parlamentaria. - La crisis de ambas realidades supera el análisis que a= quí realizamos, valga siquiera como apunte de las limi= taciones de la ley. La trivialización se refiere de mo= do directo a la identificación de la ley, que desde el= planteamiento anterior es la norma aprobada por el Parla= mento, con el Derecho positivo -decreto-ley, decreto, - orden...-. Si se señala que sólo cabe limitación por = ley (formal) ocurre con frecuencia que esta limitación= viene por normas de rango inferior a la ley (formal), - con lo que el Ejecutivo tiene en sus manos un "plus" a= través del cual puede limitar el ejercicio de la liber= tad a su arbitrio. Al tiempo las declaraciones constitu= cionales han sido previamente reguladas por la ley por= un Parlamento frecuentemente controlado por el Ejecuti= vo.

Esta práctica como observa Loewestein "surgió ya en el tiempo de la Declaración francesa de los Dere= chos del Hombre, lo que se puede aclarar históricamente por el hecho de que para ésta, la ley era la racionali= zación cartesiana de la voluntad general. Más tarde es= ta técnica fue considerada cómoda por los regímenes mo=

nárquicos obligados a hacer concesiones a la presión democrática de su tiempo -siendo una excepción digna de atención la influyente Carta belga de 1831-, y mantuvo su utilidad en todos los Estados que prodigaron la democracia en dosis bien administradas. El resultado fue que si bien exteriormente brillaba el orgulloso escudo de los inviolables Derechos fundamentales, el legislador -y con su autorización la censura y la policía- penetraban por la puerta trasera en las zonas protegidas. Aún cuando existía un control judicial, no suponía esto ninguna ayuda, ya que la Constitución misma había autorizado estas intervenciones legales. La protección de las libertades fundamentales dependía, así, pues, de la buena voluntad y de la autolimitación de los detentadores del poder, lo que en realidad significaba una débil protección. Los mismos Estados que contaban, por otra parte, con una completa estructura de Estado de Derecho, se satisfacían con estas garantías, más o menos híbridas, de los Derechos Fundamentales", luego de comentar la Ley fundamental de Bonn concluye: "la seguridad de las libertades fundamentales se basan sólo en el espíritu del pueblo y no en el de las leyes" (78). Marx en el "18 de Brumario de Luis Bona-

---

(78) K. Loewenstein, "Teoría de la Constitución", págs. 397-398



parte" hace el siguiente comentario al sistema de libertades de la Constitución francesa de 1848: "La constitución se remite constantemente a futuras leyes orgánicas que han de precisar y reglamentar aquellas reservas y regular el disfrute de estas libertades ilimitadas, de modo que no choquen entre sí ni con la seguridad pública. Y estas leyes orgánicas fueron promulgadas más tarde por los amigos del orden y todas aquellas libertades reguladas de modo que la burguesía no chocase en su disfrute con los derechos iguales de las otras clases. Allí donde prohíbe completamente a "los otros" estas libertades o consiente su disfrute bajo condiciones que son otras tantas celadas policíacas, lo hace siempre, pura y exclusivamente, en interés de la "seguridad pública", - es decir, de la seguridad de la burguesía, tal y como lo ordena la Constitución. En lo sucesivo, ambas partes invocan, por tanto, con pleno derecho, la Constitución= los amigos del orden al anular todas aquellas libertades, y los demócratas, al exigir las todas. Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. - En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad. Por tanto, mientras se respetase el nombre de la libertad y sólo se impidiese su aplicación real y efectiva -por la vía legal,= se entiende-, la existencia constitucional de la libertad permanecería íntegra, intacta, por mucho que su e=

xistencia real fuera reducida a cero" (79).

Estos mismos puntos de vista aportan otra de las razones de por qué en situaciones constitucionalmente diferentes sigue en vigor, en cambio, una misma ley de orden público. España conoce en algo más de un siglo (1870-1975) cuatro constituciones y dos proyectos constitucionales; se expulsa a una dinastía para volver a llamarla; en dos ocasiones se proclama la república; dos guerras civiles y guerras fuera del territorio peninsular... y, en cambio, sólo tres leyes de orden público. Estas leyes de orden público, de contenido preventivo y represivo, al no regular aspectos sustantivos remiten a la Constitución y a la ley sustantiva. Un cambio constitucional no le afecta apenas puesto que los aspectos sustantivos de la libertad y del poder se encuentran regulados en otro tipo de normas. Las leyes de orden público defienden el orden creado desde la ley.

Unido a este fenómeno de trivialización encontramos otro dato: la progresiva deslegalización de la declaración del estado de excepción (80). La declaración

---

(79) K. Marx, "El 18 de Brumario de Luis Bonaparte", --- (trad. O.P. Safont) Ed. Ariel, Barcelona 1971, págs. 30-31.

ha pasado a ser, en muchos casos, competencia del Ejecutivo. En aquellos casos en que así ocurre el "plus" concedido al Ejecutivo está en relación directa a las posibilidades de su control por los tribunales (constitucionales u ordinarios) o por el Legislativo. No es lo mismo el sistema francés del art. 36 de la Constitución de 1958 -"El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros. Su prórroga después de doce días sólo podrá ser autorizada por el Parlamento"- que el sistema español recogido en el art. 35 del Fuero de los españoles -"La vigencia de los arts. doce, trece, catorce, quince, dieciseis y dieciocho podrá ser temporalmente suspendida por el Gobierno total o parcialmente mediante Decreto-ley -- que taxativamente determine el alcance y duración de la medida"- . No podemos olvidar a Schmitt, "quien domine el estado de excepción domina con ello al Estado, porque de cide cuando debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige".

En segúndo lugar, y esto afecta fundamentalmente

---

(80) Los distintos sistemas de suspensión de garantías= constitucionales, así como la evolución deslegalizada dora en el caso español puede consultarse en páginas siguientes.

te a las materias de orden público reguladas por el Derecho privado, las normas que limitan el ejercicio de los derechos denominadas de "ius cogens" o ley imperativa, son llamadas también normas de derecho público (81) o normas de orden público, esto es normas que no pueden ser derogadas por convenciones privadas, que debe aplicarse en todos los casos sin excepción de modo que su no aplicación determina, cuando menos, la nulidad de lo actuado. En ellas se plasma plenamente <sup>la</sup> dominación política dado que los valores tutelados constituyen los elementos fundamentales de las condiciones de mantenimiento y reproducción de un sistema social dado; en consecuencia su infracción acarrea las sanciones más graves del ordenamiento. Estas normas se diferencian de las --

---

(81) La identificación procede ya de los primeros esca-  
ceos jurídicos en torno a la delimitación de lo pú-  
blico y lo privado entre los romanos. Así Ulpiano=  
"privatorum conventio iuri publico non derogat" o=  
Papiniano "ius publicum privatorum pactis mutari -  
no potest". La distinción trata de señalar que ---  
mientras determinadas normas no pueden ser deroga-  
das y modificadas por la voluntad privada, las --  
"dispositivas" sí pueden serlo. Sobre el alcance=  
de estos textos ver F. de Castro, "Compendio de -  
Derecho Civil", I, II 4ª ed., IEP, Madrid, 1968, -  
pág. 19.

denominadas "ley de orden público" no en cuanto al modo como se presenta la dominación política sino en cuanto al contenido; estas segundas se colocan en relación directa con el ejercicio de la función de policía y afectan fundamentalmente a la defensa del mantenimiento en el poder de sus titulares, defensa ejercida en determinadas condiciones por ellos mismos -función de policía administrativa-, o a la defensa de las instituciones fundamentales del Estado -forma de Gobierno, forma de Estado; Gobierno, Parlamento y, en algunos casos, como el español (art. 2 de la ley de orden público de 1959) a la defensa de la salud, el modo de producción, etc.-.

En cuanto a su contenido, las leyes de orden público son generalmente adjetivas, no crean tipos penales nuevos ni agravan las sanciones penales previamente establecidas. Como leyes adjetivas regulan aspectos administrativos y procesales. En materia administrativa se regulan los siguientes aspectos: a) campo objetivo, es decir cuales son aquellas conductas que se entienden contrarias al orden público; b) modalidades de declaración y duración de la suspensión de garantías constitucionales; c) facultades de las autoridades competentes en cada una de las situaciones constitucionales de ejercicio de la libertad, con especial referencia a las sanciones y su procedimiento; d) el control sobre el Ejecu

tivo cuando ejercita competencias atribuidas por la ley; e) medidas concretas de limitación del ejercicio de los derechos en cada una de las situaciones de ejercicio de la libertad. Desde el punto de vista procesal las leyes de orden público crean un procedimiento especial caracterizado fundamentalmente por la reducción de los plazos procesales y, en algún caso, por la inversión de la carga de la prueba, llegando en otros a crear uno o varios Tribunales especiales para el conocimiento de estas materias (82).

Las leyes de orden público suponen así una regulación paralela al Código penal y a las leyes en enjuiciamiento criminal, creando, en frase de Martín Retortillo =

---

(82) En un caso de legislación de orden público en sustantiva, en materia de prevención y represión del terrorismo. La legislación española en esta materia tiene una tradición anterior incluso a las leyes contra el anarquismo. Además de las características anteriores se tipifican delitos nuevos o se agravan las penalidades en tres materias: a) delitos cometidos con armas o explosivos, su fabricación o su tenencia; b) agravación de las penalidades cuando estas conductas se sigue muerte; c) agravación de las penalidades cuando se hace apología pública de la violencia o se disminuye la gravedad de los hechos.

un auténtico "Derecho penal paralelo". La diferencia entre el Código penal y este tipo de normas estriba en el contraste entre el "tipo" penal y la exclusión de la analogía como garantías de la seguridad jurídica y la regulación "indeterminada" de las competencias objetivas del Ejecutivo agravadas por el uso de sus prerrogativas. El poder de dominación se plantea en ambos casos desde la ley, pero las garantías ciudadanas en uno y otro caso son radicalmente diferentes; es la diferencia entre la seguridad del tipo penal y la inseguridad de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque la seguridad del tipo puede ser agredida con la creación de Tribunales y procedimientos especiales.

3.2.2. El orden público como concepto jurídico indeterminado.

Los conceptos jurídicos indeterminados desempeñan un papel radicalmente diferente a través de técnicas jurídicas diversas. Su misión fundamental es adaptar la interpretación jurídica, es decir el carácter que en cada momento adopta la sanción jurídica de un acto a los valores dominantes de cada momento. La ideología como la realidad que representa es un todo homogéneo y su defensa no es parcial; no se defiende un valor sino una concepción del mundo, pero la articulación técnica de la defensa es imperfecta y no total -la ley es incapaz de plan-

tear toda la realidad de la vida- de aquí las llamadas=  
a este tipo de conceptos que justifican, en base a su -  
refrendo legal, la intervención de los tribunales o de=  
la autoridad administrativa. Los conceptos jurídicos in  
determinados, tal es el caso del orden público cuando a  
parece en fórmulas como "el ejercicio de los derechos -  
no puede atentar contra el orden público", significan -  
así la relevancia jurídica de la voluntad del intérpre=  
te ante una conducta no tipificada. Su riesgo es la quie=  
bra de la seguridad jurídica, el no saber a qué atenerse.

La quiebra de la seguridad jurídica se ha des=  
terrado en el campo penal rechazando la analogía y consa=  
grando el "tipo" penal, pero no siempre ocurre así en el  
resto de las ramas del Derecho. Aquí la invocación a la=  
cláusula de orden público presenta riesgos que se acre=  
cientan en materia de policía administrativa. Si uno de=  
los caracteres de la ley es su permanencia indefinida ==  
mientras no sea derogada por otra norma de igual o supe=  
rior rango, los conceptos jurídicos indeterminados permi  
ten que en cada momento la ley, sin modificaciones en su  
letra, pueda variar en su contenido y alcance. La quie=  
bra del sistema de legalidad con todas sus limitaciones=  
pero garantía efectiva frente al Estado radica en que la  
ley en cada momento puede tener el alcance que le quiera  
otorgar su intérprete.



Los problemas que estas disposiciones "goma", como las califica Loewenstein, plantean en cada caso -- son diferentes aunque tengan una misma base común. Así no plantea los mismos problemas cuando aparece en Derecho civil o en Derecho administrativo, por ello y por -- la mayor gravedad de sus consecuencias han sido estu-- diados fundamentalmente por los administrativistas, en su intento de someter toda la actividad administrativa al Derecho. En lo que no puede convertirse un concepto jurídico indeterminado es en fuente de arbitrariedad o en campo de la mala fe del intérprete en base a su indeterminación al aplicar criterio distinto a situaciones objetivamente idénticas.

El orden público como concepto jurídico indeterminado en Derecho civil y en el mismo sentido en Derecho mercantil, laboral, internacional privado... actúa fundamentalmente como un elemento de interpretación. La identificación entre ley imperativa y norma de orden público ha procedido precisamente de haber configurado -- determinadas normas, que podían plantear duda sobre su -- carácter imperativo o dispositivo, como defensa del orden público y en consecuencia como inderogables y de aplicación necesaria. El orden público encierra así, en -- sí mismo, la defensa de la unidad técnica y de sentido -- del ordenamiento; la llamada al orden público es la llamada a la defensa y mantenimiento del sistema social y --

de las representaciones jurídicas y no-jurídicas que general. El orden público desempeña en estos casos, en base a su refrendo legal, una función de adaptación de la rigidez jurídica y su propia invariabilidad a la realidad y a los valores sociales cambiantes. El sistema latino de prelación de fuentes y la primacía de la ley prácticamente llegan a hacer inoperante el resto de las fuentes del Derecho y ha contribuido a fijar el papel del orden público como elemento de interpretación de la ley, pero sin apenas autonomía, autonomía que podía encontrar por el camino de la equidad.

Desde el Derecho administrativo y la función de policía el tema plantea matices mucho más complejos y de mayor gravedad. Si en los restantes campos el orden público ha contribuido a fijar el carácter imperativo o dispositivo de la norma y en determinados casos se ha convertido, por esta vía, en arma poderosa de defensa del débil, en materia de policía administrativa su papel ha sido radicalmente contrario. La introducción del orden público como límite al ejercicio de los derechos y, por tanto, legitimando la intervención administrativa ha introducido un elemento y una quiebra gravísima en la seguridad jurídica, quiebra que se agrava por el hecho de que el acto administrativo, en esta materia como en todas, viene arropado en el conjunto de las prerrogativas administrativas y de modo fundamental por las consecuencias de la presunción de legalidad de los actos administrativos y la

consiguiente ejecutividad de oficio e incluso, como en el caso español, en determinadas cuestiones (art. 40,b) de la ley de la Jurisdicción contenciosoadministrativa de 27 de diciembre de 1957) no cabe recurso ante los Tribunales contencioso-administrativos. Y no se puede olvidar que el estado de excepción se declara en base a conceptos jurídicos indeterminados.

La transcendencia de lo que decimos se manifiesta abiertamente si pensamos que desde la protección de la libertad por la ley podemos llegar a una situación en que la libertad se encuentre totalmente sometida a los intereses del grupo en el poder amparado en las facultades de policía que ejercita. Si anteriormente decíamos que la Constitución se hipoteca por la ley y ésta por las disposiciones del Ejecutivo, a través de la posibilidad que introduce el orden público como concepto jurídico indeterminado, la constitución queda reducida a la voluntad de su intérprete. El riesgo no es la posibilidad de intervención del Ejecutivo, sino que ésta se realiza en el marco de sus prerrogativas desde las cuales las libertades pueden dejar de tener su amparo en la ley. Si un fenómeno coyuntural a fuerza de repetirse puede convertirse en estructural, en estas condiciones el sistema de libertades puede acabar convirtiéndose en la libertad del grupo en el poder -es decir, en la primacía del poder- y de aquellos cuyos intereses representan. No se trata de eliminar estas=

facultades, que pueden ser legítimas, sino de limitar == los poderes del Ejecutivo. Si los conceptos jurídicos == no pueden ser el arranque de la arbitrariedad, las facultades de policía no pueden convertirse en arma contra el adversario político .



TITULO II: LA DEFENSA DEL ORDEN PUBLICO: EL  
ORDEN PUBLICO Y EL TRAFICO JURI-  
DICO "PRIVADO".-

No podemos olvidar, al comenzar esta parte -- del análisis, que la defensa y tutela del aparato estatal y del mismo Estado no se basa ni única ni primordialmente en la defensa mediante la fuerza física. La defensa y mantenimiento de la ideología y del Estado se plasma también en la creación y mantenimiento de determinadas instituciones, en algunos casos "privadas", al servicio de la dominación y la ideología que configura una estructura social. Este aspecto ha de afirmarse tanto de -- las instituciones calificadas como "privadas" como de -- las denominadas "públicas", sin perder de vista que la -- clasificación es en sí misma ideológica.

Todas las instituciones ofrecen ante el Derecho -- cho una imagen peculiar a cuyo servicio se encuentran -- técnicas específicas de defensa. Pensar en la neutralidad de la técnica jurídica sería absurdo. La técnica del Derecho se organiza al servicio de muy concretos valores y, en la misma medida, es condicionada. Del mismo modo que los valores son distintos, las técnicas son también diferentes. La presente parte del trabajo se encamina a hacer un análisis "político", desde los fenómenos -- reales de poder de aquellas técnicas tendentes a la protección, mantenimiento y desarrollo de los elementos en-

los que la ideología se plasma. En este sentido la técnica jurídica de la defensa del Estado se plantea con muy concretos contenidos que van, o han ido, desde la ley imperativa, hasta el acto político o la "indeterminación, querida y buscada, de los conceptos jurídicos indeterminados... Los distintos métodos de interpretación: literal, sistemático, histórico, sociológico, auténtico, etc. ... a pesar de su aparente "neutralidad" han jugado muchas veces el papel de cauces de la dominación y la ideología. En consecuencia no se trata únicamente de señalar cuál sea la técnica más adecuada, se trata también de ver cómo las diferentes técnicas utilizadas se han mostrado al servicio de los intereses del bloque en el poder.

En el campo de las relaciones "privadas" es tradicional en el lenguaje jurídico, sin que apenas nadie se haya rasgado las vestiduras la identificación entre las denominadas "normas de orden público", "ley imperativa" o "norma de derecho necesario", aunque algunos como Ferrara vieran un riesgo terminológico por la utilización del término "público" y por el carácter indeterminado del concepto (83). De todos modos, decir que deter-

---

(83) "Trattato di Diritto civile" Athenaeum, Roma, 1920, Vol. I; pág. 63.



minada norma es de "orden público" significa, en este --tratamiento, que no cabe transacción ni renuncia sobre -- el contenido de dicha norma ni sobre los derechos y obli-- gaciones que de ella derivan. "Orden público" y ley impe-- rativa se han utilizado como sinónimos en el vocabulario jurídico, y en tal sentido han sido admitidos comunmente. Ahora bien, ¿esta identificación resuelve todos los pro-- blemas?; y aún más, ¿por qué se llega a esta identifica-- ción?, esto es, ¿qué tutela y qué protege el orden públi-- co para que dicha protección tenga un carácter tan radi-- cal?. En la respuesta a estos planteamientos tenemos la-- clave de muchos de los problemas que aquí tratamos.

Vamos a analizar la presente cuestión tal y co-- mo se presenta ante el Derecho Civil y en el Derecho in-- ternacional privado.

El interés de un estudio en el Derecho civil -- queda justificado por varias razones aunque todas ellas-- pueden ser resumidas en el carácter del Derecho privado-- de padre y madre del Derecho. A partir del Derecho priva-- do se irán desgajando todas o la mayor parte de las ra-- mas del Derecho material. Este desgajamiento se produce-- en varias etapas a medida que la estructura socio-econó-- mica adquiere un planteamiento más complejo. La especia-- lización se produce a lo largo del tiempo y no es unifor-- me, pero el Derecho civil mantiene su posición, si bien--

reservado al de fuente subsidiaria del Derecho desgajado; basta pensar en el Derecho mercantil o en el Derecho laboral. El carácter general de los primeros artículos del Código civil español actual refuerza esta idea. Incluso las invocaciones que hoy día se hacen por los especialistas - del Derecho público a la Teoría General del Derecho, a menudo con grandes aportaciones autónomas, esconden a veces un claro pudor que trata de ocultar los orígenes de dicha teoría en la teoría general del Derecho privado. En el -- contexto de la progresiva especialización del Derecho a -- medida que se hace más compleja la estructura social, se-- va a producir un doble fenómeno: por una parte, consecuencia de dicha complejificación, la especialización viene -- exigida por la insuficiencia técnica del Derecho civil para regular las nuevas situaciones -- pensemos en lo anacrónico que resulta el contrato de arrendamiento de servicios del Código civil para regular todos los aspectos del moderno contrato de trabajo--; y, al tiempo, determinadas cate--gorías del Derecho civil van a pasar al Derecho especiali--zado.

Junto a este primer aspecto hay todavía otro, no menos importante, y que, desde la totalidad de la estructura social y el Derecho, tiene la mayor relevancia: la re--gulación jurídicas de todas las instituciones "privadas" -- ha sido hecha, al menos desde la Revolución francesa, por-- el Derecho privado y en concreto por el llamado Derecho civil, en protección de la propiedad y la libertad de contratación y disposición de bienes y derechos. La escisión ---

hombre-ciudadano de la Declaración de 1789 adquiere nuevos matices: el Derecho privado y "civil" regula fundamentalmente aspectos inherentes y derivados de la propiedad. La escisión igualdad política-desigualdad real tiene una nueva dimensión. Como consecuencia todos los derechos que derivan de relaciones que tienen su base en dichas instituciones han sido regulados desde el Derecho privado; en dichas instituciones han basado su protección en la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden e interés público.

En cuanto al Derecho internacional privado no se oculta que, por su misma peculiaridad y sus propias técnicas de resolución del conflicto, y, por qué no, por ser el orden público un tema típico del mismo, éste presenta datos nuevos que justifican suficientemente un análisis con caracteres específicos. Igualmente, desde una consideración del aparato institucional, el Derecho internacional privado introduce, junto a las instituciones privadas que son el campo objetivo de su hacer, una nueva perspectiva del Estado, no como algo estático, sino como operante. Cuando se plantea una cuestión de orden público el Estado protegiendo dichas instituciones, o mejor los valores a que dichas instituciones responden, se presenta en pugna frente al resto de los Estados que pueden tutelarlas de otro modo.

La identificación entre orden público y ley imperativa en Derecho Civil ha venido a caballo de otro -- concepto muy parejo y que igualmente se califica por su "publicidad": el "interés público". J.A. Doral dice: "Orden público viene a ser, así entendido, lo que está fuera de la autonomía privada, el sector de lo inderogable o irrenunciable, por tratarse de disposiciones genéricas que tutelan el "interés social" o de reglas específicas de defensa de intereses especiales de carácter social, e conómico, político" (84).

Este mismo carácter del orden público, como -- conjunto de normas inderogables ofrece, o al menos ha ofrecido, el Derecho internacional privado, si bien en él aparece con caracteres más netos que en el Derecho Civil el aspecto de autodefensa del Estado, al colocarse en prima línea las cuestiones relacionadas con la soberanía y, sobre todo, la coherencia de la protección jurídica ofrecida por ordenamientos extranjeros con la protección que=

---

(84) Jose Antonio Doral "La noción de Orden Público en el Derecho Civil español". EUNSA, Pamplona, 1967, pág. 28-29.

presta el propio orden jurídico nacional. En ambos casos, Derecho civil y Derecho internacional, el orden público - cumple una función tuitiva e interpretadora, más claro en el primer caso que en el segundo; pero en el Derecho Internacional prima la tutela de la coherencia y la defensa del orden jurídico nacional, de modo que a través de dicha coherencia la protección del interés público aparece más - bien como protección del orden jurídico establecido. Esta protección también aparece en el Derecho civil, pero no en primer plano. Es antes una consecuencia que una protección refleja y directa. Mientras que en el tratamiento del Derecho civil se protegen a través del "interés social" determinados derechos de muy concretos particulares, el problema en el Derecho Internacional Privado es diferente: la excepción de orden público actúa protegiendo posibles intereses del resto de la comunidad jurídica o, si se tiene una visión menos optimista del problema, aparece protegiendo el orden jurídico nacional en base a los poderes coercitivos del Estado. Pero, en ambos casos esta protección se ha efectuado tradicionalmente por medio de una identificación entre interés público, orden público y ley imperativa.

El interés del planteamiento, en este momento, radica en distinguir qué sea ley imperativa y qué no lo es -- cuando hablamos de orden público. No se trata simplemente de realizar una distinción a efectos dogmáticos, al final -- de la cual podamos aportar nuestra propia definición diferenciando ambos conceptos de modo claro y distinto pues, --

por otro lado, el concepto de ley imperativa está suficientemente claro; sino de señalar por qué determinadas normas tienen carácter imperativo, las contradicciones que se presentan y cuál es el valor efectivamente tutelado.

El concepto de ley imperativa (preceptiva y prohibitiva) surge en relación con el de ley permisiva, facultativa o dispositiva. Lo que esta distinción intenta es resolver, en la pugna autonomía de la voluntad y mandato de la ley, el rango y la fuerza que haya de darse a cada una de las dos. En este sentido podemos considerar con Castán-que leyes imperativas son aquellas "normas de eficacia incondicionada que excluyen o suprimen la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establecen se impone a los interesados, los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias" (85); de esta manera será preceptiva la norma que, con dichos caracteres, imponga un hacer y prohibitiva cuando se impida hacer algo. A diferencia de la norma imperativa, "las permisivas admiten la renuncia es decir, su rango es subsidiario al de la autonomía a me=

---

(85) "Derecho civil español, común y foral", T.I, Vol. I, Ed. Reus, 10ª ed. Madrid, 1962, pág. 293.

nos que intervengan otras razones que justifiquen la posición de ésta, cabalmente cuando intervienen motivos - de orden público" (86).

En el presente planteamiento hay un interés más hondo que el puramente dogmático, reducido a señalar una distinción conceptual, la cual como instrumento técnico no puede ser despreciada ni olvidada. El Derecho todo obedece a una serie de postulados y de principios. El Derecho es uno, como una y coherente es la ideología de donde procede. El Derecho encarna la organización social a partir de la ideología dominante, aunque no siempre estos contenidos ideológicos llegan a plasmarse de modo patente como ocurre en la ley formal. A veces esta presencia es así de clara y esa pugna poder-libertad, legalidad-legitimidad que encarna el orden público produce los efectos de la ley imperativa: limitar la autonomía de la voluntad o no reconocer competencia a la norma extranjera para regular el conflicto, pero... ¿siempre será así?. A veces la presencia es difusa, patentizada a través de conceptos jurídicos indeterminados. En estos casos el orden público y otros conceptos jurídicos indeterminados apoyan las transformaciones sociales y de la propia ideología aunque, como veremos, su papel primordial sea el de reforzar el carácter imperativo de una norma.

---

(86) Doral, O.c., pág. 19.

## CAPITULO PRIMERO: Orden público y Derecho Civil

En contraste con el poder expansivo del concepto de orden público, son más bien escasas las llamadas - que el Código Civil hace a dicho concepto. Luego de reforma de título preliminar (texto articulado de 31 de mayo - de 1974) la aparición del concepto de orden público en el Código civil queda reducida a las siguientes llamadas. En primer lugar, el art. 1.3. que señala que "la costumbre - sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no - sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada"; el art. 6.2 que dice que "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros". En materia de Derecho internacional privado, en el contexto de una gran minuciosidad de normas de aplicación inmediata, se dice que " en ningún caso tendrá aplicación - la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". A parte de estas llamadas, en el título preliminar, el código civil sólo recoge el término en otras dos ocasiones, así el art. 1255 en materia de libertad de contratación señala que "los contratantes pueden establecer los - pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni - al orden público". Finalmente el art. 594, al regular las servidumbres voluntarias recoge la redacción de su homónimo francés para decir que "todo propietario de una finca=



puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público".

1.1. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad.

En contraste con esta escasez de llamadas, si bien hay que reconocer la amplitud del campo que cubren, el concepto ha sido utilizado, usado y abusado. Se ha hecho de él, en Derecho civil más que en ninguna otra rama del Derecho, la panacea universal de todos los valores y de todos los principios. Se han enmarcado en él incluso la moral y las buenas costumbres... junto al interés público, el de terceros etc.... así como otra serie de valores no claramente precisados y a los que, al no encontrarles lugar preciso, se incluyeron en el marco jurídico del orden público.

1.1.1. El concepto de autonomía y de igualdad ante el Derecho civil.

"En un sentido muy amplio se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, =

para ejercitar facultades y derechos, y también para -- conformar las diversas relaciones jurídicas que le ata-- ñen. De modo que podría ser definida, como aquel comple-- jo reconocido a la persona para el ejercicio de sus fa-- cultades, sea dentro del ámbito de libertad que le per-- tenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas - de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la-- vida social" (87).

La autonomía de la voluntad se presenta como-- la manifestación más característica del individualismo-- liberal en el campo de las relaciones patrimoniales --- "privadas" y, en esta medida, es síntoma y símbolo de la igualdad y la libertad (abstractasy formales). El análi-- sis del sistema desde la totalidad muestra el grado de - ruptura entre la ideología, y su refrendo jurídico, y la realidad; la ruptura entre la igualdad predicada ideoló-- gicamente y la desigualdad real en unas condiciones del-- tráfico jurídico dominadas por los monopolios o el predo-- minio del capital financiero y ello no sólo en los casos en que la desigualdad es evidente (contratos de adhesión, control de las sociedades por el gran capital...) sino - que la abstracción se percibe también en todo tipo de -- instituciones y reglas así, por ejemplo, las normas refe-- rentes a los vicios de la voluntad contractual... En nin-- gún caso se anula el acto por vicio del consentimiento - (el "lo tomas o lo dejas" no tiene opción ante la necesi-- dad de consumir o de contratar su trabajo); ni se piensa

que la desigualdad real niegue la legitimidad de la igualdad (abstracta y formal) liberal; ni que la situación en que se engendra el pacto sea contraria al orden público por no ser resultado de voluntades igualmente libres... En estas condiciones, seguir manteniendo que la igualdad es el principio suena a sarcasmo ante el contraste de la realidad; que no sea contrario al orden público indica claramente que éste no se asienta en la igualdad de las partes, sino en la defensa del sistema de relaciones dominantes. Así, en definitiva, la libertad (real y concreta) se deforma al servicio de la acumulación capitalista y de la libre circulación de bienes, justificada ideológicamente en la igualdad de las partes y en la libertad (abstractas y formales)... y más adelante en la ideología desarrollista.

La libertad liberal encuentra así su apoyo únicamente en el marco de las declaraciones de derechos. El orden liberal, la igualdad de naturaleza tiene su recorte en la igualdad ante la ley.

El profesor De Castro ha expuesto, en las primeras páginas de su obra "El negocio jurídico", la evolución que ante el Derecho, esto es ante los intereses que plasma la ley, experimenta el principio de autonomía de la voluntad. Para los primeros liberales "el derecho estatal debe limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse queriendo, lo que se consagra en el axioma "voluntas facit legem" (...). El principio de la autonomía privada lo concibe el siglo XIX como un dogma científico, apoyado en el de la evolu

ción darwiniana. El progreso de la Humanidad, se dice, es el paso cada vez más complejo del "status" hacia el contrato. Mas el variar de la circunstancia social-económica lleva a que ya en el mismo pandectismo, se de un nuevo -- sentido a la predicada soberanía de la voluntad. El Derecho se comercializa, y se postula la necesidad de atender con preferencia a la "seguridad del tráfico jurídico". Se mantiene nominalmente el dogma de la autonomía de la voluntad, pero ya no como expresión de respeto a la libertad individual, sino como un eficaz instrumento para el desarrollo del comercio. Por ello se atiende a lo declarado y no a lo querido, a la protección del diligente hombre de negocios y se vuelve a citar en su apoyo la dura regla romana "leges vigilantibus scriptae sunt". Concepción esta que en la práctica legislativa y judicial lleva a la creación, fortalecimiento y ampliación de privilegios en favor de prestamistas (legislación sobre hipotecas y prenda sin desplazamiento, reserva de dominio), comerciantes, industriales y financieros (quita y espera en la quiebra, regulación de la sociedad anónima, negocios y títulos -- abstractos); mientras que paralelamente de modo inexorable, se van suprimiendo o podando los privilegios y ventajas jurídicas que aún conservaban labradores, ganaderos y artesanos" (88). El dogma de la autonomía de la vo

---

(88) De castro, O.c., pág. 15.

luntad cada vez deja paso en mayor medida al predominio - de la norma y, cada vez, la libertad que garantiza, la li bertad de contratación, se coloca en mayor medida al ser- vicio del dogma de la acumulación capitalista. La autono- mía de la voluntad y la igualdad de las partes desapare-== cen ante las necesidades de la acumulación y la seguridad jurídica del tráfico jurídico.

El desarrollo capitalista posterior va a acen== tuar, aún más, esta situación de desigualdad. Las grandes multinacionales, los grandes "trusts", los grandes monopo- lios romperán totalmente con el principio liberal de la i gualdad, y la autonomía de la voluntad se plantea -porque como principio ideológico-jurídico se mantiene en toda su pujanza- al servicio del más fuerte. "A tal efecto el De- recho estatal -en lo referente al tráfico de bienes- se == desliga de toda norma extrapositiva, se le interpreta res- trictivamente y se le rebaja a la condición de supletorio, presumiendo que en esta materia normalmente es dispositivo y no imperativo. Las reglas convencionales, como hijas de la autonomía privada, quedan axiomáticamente fuera del == control estatal. La doctrina de las fuentes del Derecho - da ocasión para atribuir valor coactivo general a las re- glas promulgadas o usadas por las grandes empresas (condi- ciones generales de la contratación). (...) Los derechos= subjetivos sin distinción, serán calificados de absolutos

(sin limitaciones implícitas) y, por tanto, no censura---bles aunque sean ejercitados abusivamente. La supremacía=de la autonomía privada será afirmada ilimitadamente (89).

A medida que se toma conciencia de que la igualdad y la libertad (abstractas y formales) son los nuevos=instrumentos de opresión al servicio del "progreso", la -reacción social se acentuará, y rechazado el "privilegio", surge, como nueva manifestación de la igualdad, la idea --del "beneficio legal": la regulación y defensa desigual de situaciones desiguales y esto por razones de "justicia" --que no son otras que las propias necesidades de reproducir=el sistema social, el modo de producción y su sistema de -relaciones. Como señala Doral esta defensa y esta reproducción "suministra en buena medida la materia más importante del llamado "ius cogens" (90).

A partir de aquí la igualdad formal y abstracta se transforma progresivamente, el proceso es lento y no se desarrolla definitivamente hasta avanzado el siglo XX, en

---

(89) De Castro, O.c., págs. 15-16

(90) Doral, O.c., pág. 17.

igualdad de oportunidades, no menos abstracta y formal pero que supone al menos la aceptación ideológica de valores ajenos al primitivo planteamiento liberal, si bien la estructura social se mantiene e incluso se reproduce en mayor medida a impulsos del imperialismo y el capitalismo monopolista de Estado... En este contexto el mercado ha desaparecido prácticamente como instrumento regulador de la producción y los precios.

Así la autonomía de la voluntad pierde sentido y su campo se reduce progresivamente frente al avance de la ley y de la seguridad jurídica del tráfico. La intervención del Estado reguladora de toda actividad reduce el campo de la autonomía incrementando el de la ley y el campo de lo prohibido. Entre lo prohibido se incluye además cuanto atenta contra la moral y el orden público, pero éste ya no es el resultado de la libre iniciativa y del juego de la libertad sino el resultado de las nuevas características sociales y de su sistema de relaciones. Así la ley defiende el tráfico jurídico y limita la autonomía pero no la anula; en aras de la propia seguridad del tráfico, la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes pasan a segundo rango. La protección posesoria se mantiene frente al eventual derecho de propiedad si bien adopta un nuevo sesgo. El "beneficio legal" no obstaculiza el tráfico: al menor se le limita su capacidad de contratar pero si contrata su acto no es nulo más que en las condiciones

generales de nulidad de los contratos... La propia seguridad del tráfico jurídico producirá, en última hora, que la limitación indeterminada de orden público reduzca su alcance y su indeterminación identificándose con la ley imperativa. El orden público interpretado como interés público se parifica con el interés de la ley, que siempre es "pú=blico" y el tratamiento que se de al concepto de orden público es precisamente el que deriva de esta identificación.

1.1.2.- La autonomía de la voluntad y el orden público ante el Derecho civil.

Los civilistas, de todos modos, no se han -- preocupado excesivamente de aclarar el contenido y significado del concepto de orden público en lo que atañe al -- Derecho civil. Con frecuencia se han limitado a calificar una norma como de guardiana de contenidos de orden público y, en la mayor parte de los casos, han marchado por la vía fácil de su identificación con la ley imperativa, con fusión ya señalada en la propia terminología cuando términos tales como derecho necesario, ley imperativa y orden=público son utilizados como sinónimos, uncidos todos al -- mismo carro de la nulidad de los actos que infrinjan di=chas normas.



El planteamiento que lleva a emparejar dichos términos es simple: el carácter de límite de la autonomía privada con que el orden público aparece en los arts: 6.2 (91) y 1255 del Código Civil. En el caso del primitivo -- art. 4 -actual redacción recogida en el art. 6.2- esta limitación se entendía en un principio sin matizaciones de ningún género, en el sentido de que eran renunciables sólo los derechos concedidos por leyes permisivas, pero no puede ser contradicha porque tutela fines de "interés público" o intereses muy particulares -tutela del débil- -- dignos de consideración por atender a exigencias de la igualdad. A su vez el "interés público", por la literalidad del antiguo art. 4 que hablaba de "orden o interés público", era emparejado con el orden público; por este camino indirecto se llegaba a la simplificación del tratamiento. En el contexto del momento se produce esta simplificación como consecuencia de dos postulados: primero, que la ley es la mejor garantía de la seguridad jurídica y la mejor garantía frente a privilegio, y en segundo lugar, como muy bien dice Doral, "la noción de orden público en la etapa codificadora pretende poner la ley al servicio de la auto-

---

(91) El art. 6.2 recoge el anterior art. 4; se modifica el emplazamiento pero no el sentido del artículo.

nomía y salvaguardar el tráfico jurídico en base a la libertad de comercio e industria conforme a las ideas de la época" (92). Clarificar el concepto tampoco les planteaba problemas tan graves como en otras ramas del Derecho y la identificación con la ley evitaba otro tipo de problemas. Basta pensar en los problemas del Derecho penal o en los que plantea en el Derecho Administrativo en torno al ejercicio de la función de policía por la Administración. Si pensamos que en virtud de dicha identificación los problemas de orden público planteados en Derecho civil han sido casi exclusivamente de interpretación del carácter imperativo o permisivo de la norma, tal vez hayamos de convenir en que la misma identificación, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y del tráfico, fue la mejor garantía posible de dicha seguridad.

Tampoco se puede olvidar al valorar esta apreciación que la defensa del débil como exigencia de la igualdad -defensa del menor, de los incapaces, del "nasciturus", de la mujer casada (!) y de otras muchas situaciones- se coloca igualmente al amparo de la ley imperativa, aunque de nuevo debíamos preguntarnos en qué medida la tutela de la mujer casada, englobada en un planteamiento masculino -

---

(92) Doral, O.c., pág. 49.

y patriarcal del mundo plasmada en instituciones como el régimen económico matrimonial no es, ante todo, una defensa del monopolio masculino del mundo y, logicamente en este aspecto que señalamos, del tráfico jurídico por el varon que es quien efectivamente se beneficiaba de la situación, al crear determinados seres "débiles". Ligado al caso anterior esta defensa del monopolio masculino del tráfico jurídico se refuerza si pensamos que la mayor parte de los razonamientos que se apuntaban para justificar la inmutabilidad del régimen de la sociedad de gananciales, sistema que domina en la vida española, se basaban en el riesgo de un fraude a terceros -de nuevo la seguridad del tráfico jurídico-. A este razonamiento se le puede responder señalando que el propio código civil ha previsto la acción en fraude acreedores del art. 1111. Es claro que estos planteamientos discriminatorios no se entienden como no sea solocando la interpretación del código civil en el momento en que este se produce.

De todos modos se hace necesario rastrear tras lo que la noción implica en el Derecho civil.

La doctrina tradicionalmente ha insistido, casi sin excepción, en el matiz de "límite de la autonomía privada, que en base a los arts. 4 -actual art. 6,2- y 1255 encierra el orden público, en aquellas cuestiones en que el interés privado ha de estar sometido al público. Al ==

propio tiempo esta delineación del orden público como -- concepto límite le califica como concepción residual. Como expone Doral "La noción clásica de orden público responde a la idea de límite a la autonomía de la voluntad. Si se tiene en cuenta que la autonomía de la voluntad se enmarca dentro del ámbito legislativo, en cuanto que queda circunscrita al reducto que permiten las leyes imperativas, claramente se desprende que su campo es residual; por eso, tal concepción del orden público es ante todo -- negativo, una noción límite de impronta legalista" (93).

Estos son los caracteres que primordialmente le competen al orden público, pero al tiempo que establecía este juego de prioridades la doctrina entendía el interés público como el protegido por la ley, mientras que -- el interés privado se vería defendido a través de "pactos, cláusulas y condiciones" establecidos por los contratantes; de este modo pudo caerse en todas las aberraciones y abusos del proteccionismo legalista al colocarse, consciente o inconscientemente, en un tratamiento común y sinónimo de ley e interés público. En esa pugna poder-libertad, el interés público, como elemento moralizador del Derecho, corre el riesgo de establecerse al ser-

---

(93) Doral, O.c., pág. 27.

vicio de los intereses de quienes se aduenan en su propio interés del concepto, sacralizando sus intereses -- particulares en el "interés público".

1.1.3.- Orden público, autonomía de la voluntad y ley imperativa.-

1.1.3.1.- Los primeros comentaristas del código civil y su influencia posterior.

En la línea de dicha identificación se instala Manresa cuando afirma que el orden público se refiere a la arbitrariedad en el ejercicio de los derechos concedidos o reconocidos por las leyes, "ese atentado a las leyes es a la vez una violación del interés público que se produce siempre que se contraviene el superior precepto del legislador" (94)<sup>y</sup> Mucius Scaevola al decir que se trata de derechos que no pueden renunciarse -

---

(94) Cfr. Manresa, "Comentarios al Código civil español"= VIII, 3ª ed. (Madrid, 1918) pág. 621; Vol. I, 4ª ed.= (Madrid, 1914), pág. 67.

porque atañen al interés social" (95). Este aspecto de== la oposición legalidad-autonomía de la voluntad queda -- rotundamente claro en las lecturas que hagamos de García Goyena, Sánchez Roman (96) De Diego (97), Navarro Amendi y otros...

---

(95) Mucius Scaevola, "Comentarios al código civil", Vol. I, 6ª ed. (Madrid, 1949), págs. 251 y sigs. En este= texto no se nombra literalmente el orden público pe= ro sí está presente en su insistente hablar de la -- ley. Así dice, citando a Portalis "dar firmeza a con= venciones contrarias a la ley sería colocar las vo== luntades particulares sobre el nivel de la voluntad= general, sería disolver el Estado", pero en el con== texto hay que tener en cuenta que se ha referido an= teriormente a que la parte ofendida, en Derecho penal no puede excluir la aplicación de la ley con su per== dón. Está claro que esto no es un problema estricto - de ley, sino que va más allá y que está en la clave - concepto mismo de orden público.

(96) "Todo lo que constituye el orden general del Derecho= preceptivo y uniforme, aunque en sus últimas aplicacio= nes concretas se presenta ofreciendo una encarnación - individual o particular, como suce por ejemplo, en to= das las leyes que se refieren al estado y capacidad de

A lo que condujo este proteccionismo legalista que parece percibirse de las lecturas de los autores citados, y de otros muchos, fue a que dicho tratamiento se redujese, en sus últimas consecuencias, a la simple identificación del orden público con el interés legislativo. En el fondo de estos planteamientos sirva como --

---

las personas, a las solemnidades de los actos, etc. y a los privilegios mismos que en beneficio de algunas de aquellas, por sus circunstancias excepcionales, como las mujeres casadas y los menores de edad, se hallan concedido por las leyes; puesto que la renuncia de los derechos que nacen de estas causas equivaldría a la renuncia de la ley misma y del orden o régimen general que ella establece".- "Derecho español común y foral" Parte general, pág. 39.

- (97) De Diego llega a afirmar en sus "Instituciones" que la pretensión del art. 4, 2ª cuando se refiere a la irrenunciabilidad de derechos es evitar de modo directo la renuncia a las leyes. De este modo, igualmente, y es un nuevo dato, el alcance del art. 4, 2ª no es otro que el que resulta del párrafo primero:-- "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez".

justificación a su postura, late un grandísimo respeto a la ley escrita, el culto a los logros indudables de la codificación que no tiene aquí sus únicas manifestaciones. Basta pensar, a la hora de analizar el prestigio de que goza la ley ante estos hombres, en el escasísimo papel que se adjudica a las demás fuentes del Derecho... elemento que igualmente empujará a la conclusión de identificar orden público con orden jurídico, a través de la identificación de aquel con la ley. A dicha identificación arrastra también el carácter sancionador y represivo que, sin embargo, se percibe de modo mucho más patente que en el Derecho privado en otras ramas del Ordenamiento. La identificación que surge en estos primeros comentaristas del código y que, a partir de ellos, llega a los modernos y de estos a los especialistas de otras parcelas del Derecho -la enumeración de unos y otros sería interminable- ofrece un aspecto que debemos hacer notar: de hecho, y en términos generales, no se identifica el Orden público con la ley imperativa. La identificación surge exclusivamente entre norma de orden público y ley imperativa. De este modo el "qué" del orden público queda identificado con la ley; en otras palabras, el orden público solo jugaría con un carácter limitador de la autonomía privada cuando se encontrara recogido en una norma. Si así fuera el carácter de límite le convendría por el carácter legal de la recepción en el ordenamiento, perdiendo toda autonomía y haciendo superflua su aparición en los arts. 4 y 1255.



1.1.3.2.- Diferencias entre orden público y ley imperativa.-

El fenómeno -la monopolización del concepto de orden público por la ley- fue una clara consecuencia del prestigio de la ley escrita, entendida esta como la mejor garantía posible de la igualdad del ciudadano. Al señalar que el orden público es un límite de la autonomía privada se está afirmando que se trata de una materia de la que no se puede disponer. De aquí, y en base al prestigio de la ley, dar el salto y reducir el alcance del orden público a las normas en que se encuentra recogido y, por su carácter no dispositivo, identificarlo con la ley imperativa es todo uno. Esto explica la escasa autonomía del tratamiento del orden público - que ha ido siempre parejo al tratamiento que se ha hecho de la ley; pero identificar la imperatividad de los principios de orden público con la imperatividad de la norma es ya algo diferente: la ley imperativa es incapaz de explicar todos los matices que el orden público aporta. El orden público, junto a su sanción legal, su recogida en la ley, se encuentra fundamentalmente en el marco de los conceptos jurídicos indeterminados o, como tal vez de modo impreciso han señalado algunos, en el de los principios generales del Derecho.

Doral ha visto perfectamente la diferencia entre ley imperativa y orden público y a él me remito: - "Ambas nociones deben ser adecuadamente discernidas. En

efecto, de ordinario, las normas de carácter imperativo, responden a principios de orden público, pero no - todos los preceptos imperativos tienen ese carácter... Que esto sea así se advierte al considerar que aunque= ambas nociones tengan una nota común -su carácter pre= valente ante la autonomía privada que permite aplicar= las incluso contra voluntad expresa- difieren tanto en origen como en la función. Las leyes de carácter impe= rativo se encaminan a la protección de la persona o de la comunidad por una vía impositiva directa; las de or= den público más bien de manera indirecta. Aunque pre== tenden alcanzar una misma meta siguen distintas trayec= torias. En efecto, las reglas de orden público son por una parte, impulsoras del ordenamiento legal, de otra= parte defensoras de los principios en que aquel se ba= sa. En cuanto que sirven de impulso tienen carácter == marcadamente instrumental y, por lo que tienen de de== fensoras, su puesta en marcha está supeditada a la in= suficiencia de otras medidas o disposiciones, tengan o no carácter imperativo" (98).

Igualmente debemos tener en cuenta otro ele= mento diferenciador: mientras que el mandato de la ley

---

(98) Doral, O.c., pág. 29.

es consecuencia del "imperium" estatal formalmente establecido, el carácter imperativo del orden público es consecuencia de la categoría de los valores y principios -- protegidos que lo configuran como límite de la autonomía privada. Por ello, en ciertas ocasiones, cabe incluso la renuncia de derechos concedidos por leyes imperativas, -- pues mientras que el orden público se refiere a una consideración del Derecho en su totalidad como "ordenamiento", la ley se refiere solo a una parcelación del mismo. Este podía ser el caso de la irrenunciabilidad o renunciabilidad a los beneficios de la prórroga forzosa por el arrendatario (art. 6,1 de la vigente ley de Arrendamientos urbanos), según que el derecho haya entrado o no en el patrimonio del arrendatario, partiendo de que la situación de igualdad que debe presidir un contrato quedavencida, antes de la realización del mismo, del lado del arrendador; sin que a estos efectos nos interese demasiado el marco jurídico --el nombre y la estructura-- del contrato. La relación se reviste jurídicamente al servicio= del propio tráfico.

El problema, no obstante, no se plantea sólo a niveles dogmáticos, de diferenciación entre una categoría jurídica y otra, sino, y con mayor fuerza, a niveles prácticos; la identificación entre norma de orden público y ley imperativa no resuelve cuestiones que se plantean en la práctica: así ¿por qué en unos casos puede renunciarse a un derecho y en otros no, cuando el a-

poyo en ambos casos es el mandato contenido en una misma y única norma?; o ¿cómo resolver problemas típicamente - de orden público como son los de la norma aplicable en - los casos de Derecho interregional, con el mero apoyo -- del carácter imperativo de la norma cuando ambas pueden= ser y gozar de dicho carácter?. Ante estos problemas y o tros semejantes es indudable que debemos acudir a nuevos criterios de valoración.

Junto a lo dicho hasta aquí la identificación= ley imperativa -que vuelvo a recordar surge para graduar el conflicto entre ley y autonomía privada- y orden pú= blico nos plantearía un nuevo objeto de discusión: la de saparición del carácter dinámico, "actual" o histórico - que de siempre ha significado, como su nota más caracte= rística, al orden público. La lentitud del proceso legis lativo para reformar la ley sería la mayor dificultad, - aunque no se me oculta que son muchos quienes, en oposi= ción al concepto por su carácter "indeterminado", piden= una clarificación legislativa antes que jurisprudencial. En esta situación el juez quedaría atado de pies y manos a la ley que ha fijado de una vez y por todas el orden - público. Con todo ello no pretendo decir que la ley no - deba recoger supuestos de orden público; negar esta posi bilidad sería absurdo, pero aún sería más absurdo pensar que la realidad no es cambiante y que no son cambiantes= los valores o, al menos, su apreciación histórica. Lo que

es claro, es que junto a la ley que recoge valores de - orden público, éste tiene una autonomía de la que no -- puede prescindir. En su última consecuencia negar esta= autonomía sería negar el carácter histórico del orden - público, al servicio del tráfico de cada momento.

1.2.- Función tuitiva del Derecho y orden Público:

Hemos hecho ya diversas referencias<sup>a/</sup> esta cues-  
tión en páginas anteriores. Recordemos que la tutela del  
débil, entendida como postulado de la igualdad, se plan-  
tea como uno de los contenidos fundamentales del "ius co-  
gens". Ahora bien el análisis que aquí vamos a hacer, cé-  
ñidos al caso español, no trata únicamente de mostrar có-  
mo el orden público cumple esta función, tanto a través=  
de la ley imperativa como por otros caminos, sino que --  
pretendemos al tiempo mostrar en un análisis más amplio=  
qué valores se han tutelado EFECTIVAMENTE en el contexto  
de la protección al débil. Lo que aquí digamos tiene una  
especial resonancia. Partimos de que la ley imperativa -  
no agota todo el contenido del orden público y que este=  
juega su papel a través de otros recursos. El orden pú-  
blico obedece a los valores impulsores del ordenamiento=  
al tiempo que los protege. Se trata, pues, de señalar es-  
tos valores, cuáles son los que pretende proteger y cuá-  
les los que efectivamente protege. En caso de conflicto=  
la apreciación del juez deberá tomar partido. De este mo-

do el orden público se presenta tutelando unos valores y al mismo tiempo aportando elementos de interpretación de la ley.

En unos casos el elemento que acompaña será la propia realidad socio-económica española, y sus valores="tradicionales" como puede ser el protagonismo masculino -el caso de la tutela de la mujer casada, que no es tal si no crear una situación de sometimiento-; en otros se trata de proteger al débil, pero al tiempo lo que realmente se protege es la seguridad y fluidez del tráfico jurídico -pensemos en los menores contratantes o, de nuevo, el régimen económico matrimonial como tutela de la mujer casada-; en otros se trata de defender exclusivamente el -orden público material -sería la defensa de la posesión-; finalmente otros casos tutelan ya efectivamente, aunque con algún matiz exógeno, una expectativa de derecho, sería el caso de la defensa del heredero legitimario, del="nasciturus"...

De esta breve enunciación, en la que no pretenemos agotar el tema, podía fluir una pequeña o gran contradicción con lo que hemos dicho hasta el momento. Luego de haber señalado que la ley imperativa no agota todos los contenidos del orden público, realizamos una ennunciación en que todo lo señalado se encuentra recogido en leyes imperativas. Y es cierto, pero hay que tener en

cuenta tres aspectos a la hora de hacer esa afirmación y rebatirla: primero, que en la interpretación y valoración del alcance de dichas leyes se han infiltrado elementos históricos, sociológicos, políticos, morales, económicos... que, en muchos casos, sin necesidad de derogar la ley han dado a ésta un sentido diferente al que en un momento determinado pudo tener; en segundo lugar, cuando hablamos de la función interpretadora del orden público nos vamos a separar ya de la ley imperativa; en tercer lugar bueno será recordar un hecho señalado con anterioridad: el carácter de excepción a la autonomía de la voluntad que presentan la ley y el orden público y que, con frecuencia aunque no exclusivamente la ley imperativa recoge valores calificados de orden público. Todas las normas imperativas son de orden público, pero el orden público no se agota en las normas imperativas.

Este mismo modo de pensar y plantear el problema lo ha recogido la jurisprudencia. En este sentido se mueve la Sentencia de 2 de abril de 1946: "el principio de autonomía de la voluntad preside la contratación en nuestro código civil; pero no obstante su sentido marcadamente individualista, restringe la libertad de pactos mediante normas imperativas o prohibitivas que cercenan o anulan la contratación según estatuyen genéricamente los arts. 1116 y 1255; y si desde el código civil se pasa revista a la legislación posterior, pronto se -

advierte que la evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales, de tono imperativo, que de modo en general absoluto disciplinan las relaciones de Derecho privado, imprimiéndoles carácter público, a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volúmen en su clásica y amplia esfera de acción".

Es curioso observar en la lectura de este texto cómo al hablar de "elementos éticos y sociales" les asigna también el carácter "imperativo". Evidentemente nos encontramos aquí en otro sentido del término. No es el "imperium" que se manifiesta a través de la ley, el "íperium" formalmente institucionalizado, sino que el "imperium" se impone en el contexto en que se produce, como una exigencia social. Frente al "imperium" = formal de la ley nos encontramos con el "imperium" social, exigencia de la propia estructura social.

Pasemos a analizar los valores que el orden público tutela y el modo como se verifica dicha tutela.

#### 1.2.1.- La protección posesoria y el orden público material:

No queremos significar al estudiar este aspecto que el Derecho únicamente cumpla esta función de tutela del orden público material en el caso que a-



hora vamos a analizar, la posesión. El Derecho cumple esta función, por su propia razón de ser, en todas -- las situaciones que regula y protege. Este aspecto es particularmente claro en la regulación hecha, sobre -- todo por regímenes autoritarios o totalitarios de los aspectos que atañen a la seguridad interior. Cuando a quí, en el Derecho civil, planteamos el tema lo hacemos porque aparece un elemento nuevo que en el caso -- de la posesión se percibe con suma claridad: ante dos títulos en litigio, el del poseedor y el del propietario, en principio se protege, por razones de paz so-- cial, la situación de hecho. Luego vendrá la comproba-- ción del título de mejor rango.

)

Se han aportado muchas razones y muchos cri-- terios de justificación de esta protección que tiene-- los antecedentes en el Derecho romano. Son los más a-- aquellos que colocan la última razón de ser de la pro-- tección de la posesión en razones de tranquilidad o de paz social. Así Savigni, M. Hauriou, (habla de la pose-- sión como de uno de los elementos del orden público -- material), Messineo, Wolf, Lafaille...

El código, en el art. 348 define la propie-- dad "como el derecho de gozar y disponer de una cosa,= sin más limitaciones que las señaladas por las leyes"= y en el párrafo siguiente añade que "el propietario --

tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla". El art. 30 del Fuero de los españoles concibe "la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales" y en este sentido "es reconocida= y amparada por el Estado". En muy parecidos términos - se expresa la declaración XII del Fuero del Trabajo. A pesar de ello el art. 446 del código civil señala que= "todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión".

La contradicción es simplemente aparente. Razones de paz social están condicionando el tipo de protección que se da a la propiedad -derecho de mejor rango que el que fluye de la situación de hecho a que da= origen la posesión- La misma protección del derecho de propiedad se basa en el hecho de sobra conocido de que la cosa protegida, el objeto del derecho, es protegida en base a la situación de hecho: a la apariencia de titularidad, a la posesión de la cosa, lo que, sin embargo, no obsta a que, si el poseedor o tenedor no es titular del derecho de propiedad (99) pueda ejercitar ==

---

(99) "Los arts. 446 y sgs del CC, si bien secundando - el principio general de que todo derecho debe ser respetado, son el fundamento de la protección posesoria para mantener allegítimo poseedor en su -

las acciones que le corresponden. Se trata, pues, de e vitar "desórdenes", de evitar que cada uno pueda tomarse la justicia por su mano. Se trata de forzar el re=curso a los tribunales para que sean estos quienes re=suelvan. Curiosamente, o tal vez no, protege antes la=situación de hecho que crea una apariencia, un orden,=que el mismo derecho de propiedad. Digo que tal vez no sea extraño este fenómeno porque indudablemente el trá

---

posesión y evitar los ataques injustos contra ella, no es menos cierto que está subordinados a los que=regulan el derecho del verdadero propietario, que - tiene acción perfecta, según el art. 348, para rei=vindicar y desposeer al que sin causa legítima re=tenga la cosa que le pertenece; y cuando después de un debate amplio en juicio declarativo que ofrece - las mayores garantías que cabe en nuestra legisla=ción procesal, la Sala sentenciadora estima que la=finca poseída por los demandados es la misma que -- adquirió el actor, y esto lo acuerda no por virtud=de presunciones, sino por pruebas claras y determinadas, no tienen aplicación al caso aquellos artícu=los relativos a la posesión" (S. de 8 de octubre de 1928).

fico jurídico queda así favorecido en mejor manera, aun  
que luego la práctica y la desconfianza de la simple si-  
tuación de hecho lo dificulten. Esta protección del trá-  
fico queda reforzada si pensamos que el poseedor (arts.  
1955-1957 del código civil) por el transcurso del tiem-  
po requerido y por reunir determinadas condiciones pue-  
de adquirir plenamente lo que antes detentaba de hecho.

1.2.2.- La defensa del débil y el tráfico jurídico:

1.2.2.1.- Las incapacidades para contratar.- Espe-  
cial referencia al menor contratante.

Claps-Lienhart señala que "l'incapacité, cette suppression de la liberté naturelle de contracter pour toute une catégorie d'individus, dans un but de -- protection économique et d'utilité familiale est une ins- titution d'ordre public" (100). Vamos a analizar cual es el sentido de esta afirmación.

Admitiendo las diferencias que la doctri-

---

(100) "L'ordre public, essai", Lyon, Bosc Freres M & L.  
Riou, 1934; pág. 119.

na señala entre incapacidades y prohibiciones, diferencias que se plasman fundamentalmente en sus efectos, "el contrato celebrado por un incapaz es simplemente anulable... a no ser que falte en aquel la condición natural de uso de razón... en cuya hipótesis, por falta de consentimiento, el contrato es inexistente. El contrato celebrado contra una prohibición de la ley es nulo de pleno derecho y como comprendido en la hipótesis del art. 4º del código civil, su carencia de efectos es absoluta" (101). No obstante, al margen de las diferencias, ambas admiten un tratamiento unitario desde el punto de vista de una categoría de los valores que protegen.

El art. 1263 recoge las incapacidades para contratar: los menores no emancipados, los locos o dementes y los sordomudos en los casos expresados por la ley.

¿Qué intereses protege el art. 1263?, parece que lo protegido es el interés patrimonial de quien no

---

(101) Castan, Tomo III, 10ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967 pág. 403. El alcance de la nulidad de que se habla en el último párrafo del texto referido no siempre se plantea con dicha radicalidad, hay que atender a todas las circunstancias.

teniendo capacidad contrata y que precisamente por esa - falta de capacidad pueden verse perjudicados. Se trata - de una norma que protege intereses privados de una de -- las partes. Prueba de ello es que "las personas capaces= no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron" (art. 1302 CC). Aparentemente - se trata de defender intereses superiores a los del tráfico jurídico. La protección se refuerza aún más cuando= se regula la caducidad de las acciones. La acción de nulidad no caduca a los cuatro años, como es la regla general, sino que "cuando (la acción de nulidad) se refiera= a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela" (art. 1301 CC).

En definitiva nos encontramos con la siguiente situación: el principio de la libertad de contratación - sigue siendo el elemento fundamental a la hora de regu== lar las relaciones privadas, hasta tal punto que, a "sen su contrario", de las lecturas de los artículos referi== dos ni siquiera a esas personas se les prohíbe contra== tar. Ocurre únicamente que dichos contratos se encuentran inmersos en una situación de continua "inseguridad". Es - claro que el propio Código civil tiene medios para evitar que del "beneficio legal" -de la desigualdad- se saque -- ventaja no prevista, pero el conflicto puede presentarse= con lo que el fin de la circulación de bienes y derechos=

puede convertirse, a su vez, en peligro para la propia seguridad del tráfico jurídico. No se obstruye el tráfico -pueden contratar- pero en aras del principio de igualdad se dificulta. Ahora bien hay que reconocer -- también que, en determinadas situaciones, esta obstrucción puede ser injusta. La sociedad ha avanzado tremendamente desde los tiempos de la Codificación a nuestros días. Es más amplia, más culta y más contradictoria. La pedagogía de sordomudos, por ejemplo, no puede compararse en este momento con la que pudo existir en el siglo XIX, ni es la misma en líneas generales, la situación - del menor hoy que ayer a la hora de captar todos los elementos del mundo que le rodea. Había que plantearse - como cuestión de "lege ferenda" una atenuación a ese poder de rescisión del contrato pues parece evidente que, en gran número de casos, muchos de esos incapaces pueden contratar y obligarse con todas las consecuencias, por tener realmente plena capacidad real de discernimiento aunque esta no reúna los requisitos de la Ley. - Lo que tiene una claridad meridiana es que esa protección al incapaz a quien no se le priva de la capacidad para contratar más que cuando carezca absolutamente de razón para formular el consentimiento, - lo que ya no es, en rigor, una incapacidad sino una prohibición-, puede constituir una violación del orden público al ir contra la igualdad y, por qué no, contra la propia seguridad - del tráfico jurídico, base de la sociedad capitalista.

De todos modos la propia ley se hace eco de principios superiores que la protección del tráfico jurídico. Este quedaría de sobra asegurado en la declaración de nulidad "a radice" del contrato.

En el bloque de esta interpretación que aportamos no debemos olvidar un hecho más: que no se trata tanto en este caso de proteger la igualdad de condiciones a la hora de realizar el contrato, sino de evitar que una de las partes se prevalezca de su posición y se convierta en árbitro del contrato, aplicándolo en aquello que le beneficia o ejercitando la acción de nulidad cuando le perjudique. El código trata de evitar que esta situación se produzca desde el capaz. Una interpretación teleológica de la situación ha de intentar <sup>que</sup> evitar esta situación se plantee desde el "incapaz".

1.2.2.2.- La defensa de las expectativas de derechos.

Aunque, hablando en términos generales, todas las expectativas de derechos resultan protegidas, curiosamente la defensa de aquellas personas -o no personas todavía, pensemos en el caso del "nasciturus"- con determinadas expectativas patrimoniales reviste un marcado y no disimulado acento. Este montaje es especial



mente cuidadoso en el caso de la herencia. No es preciso extenderse en consideraciones en este caso. Basta decir que esta protección se inserta también en el marco del orden público. Así es suficiente como muestra de lo dicho la expresión de la sentencia de 6 de marzo de 1891 "las leyes que regulan las legítimas son de Derecho público, superior a toda convención".

### 1.3.- Función interpretadora del orden público:

#### 1.3.1. Planteamiento

Son varios los datos que hay que tener presentes a la hora de analizar esta función, la más nueva en cuanto a su planteamiento y la más vieja en cuanto a su juego. El orden público entendido como lo hace la jurisprudencia, "está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada" (T.S. 5 de abril de 1966), ha sido interpretado por muchos como una nueva versión de los principios generales del Derecho, algo que, sin plantear excesivos problemas dogmáticos, tampoco es totalmente exacto aunque haya puntos de conexión entre ambos conceptos. A través de

la equiparación se pretende señalar que el orden público, como elemento técnico del Derecho cumple al igual - que los principios generales una doble función: la de - fuente subsidiaria del Derecho y la de intérprete de la norma, aunque en un análisis más realista y menos respetuoso con la letra de la ley, los principios generales del Derecho, al menos en el Derecho español, apenas han desempeñado el primer cometido y sí el segundo.

Tres elementos hay que tener en cuenta a la - hora de enfocar esta cuestión y ver el alcance que al - orden público, como elemento técnico de interpretación= del Derecho, se le ha de conceder. En primer lugar su - carácter tutelador de la igualdad y de la libertad junto al de elemento límite de la autonomía privada. En segundo lugar que el orden público se inscribe en el cuadro de la legalidad y en un orden de Derecho. En tercer lugar su carácter histórico, su "actualidad" que le pone en una mayor relación con la jurisprudencia -carácter jurisprudencial- que con el legislativo. Aquella su primera nota va a quedar fuertemente condicionada por los - comportamientos y modos de reacción de los jueces. Al hablar de la función interpretadora, el orden público va a presentar sus propias características y es preciso señalar el alcance que han de tener aunque, en realidad de - verdad, su alcance queda plenamente condicionado al modo=

de funcionar de la judicatura: si esta por razones del propio sistema jurídico o por "comodidad" interpreta - el campo del orden público como el campo de la ley imperativa y al interpretar la ley queda sujeta a las decisiones pasadas, la función interpretadora del orden público quedará casi vacía de contenido; pero si la -- Jurisprudencia es consciente del alcance histórico y - actual del concepto el campo de éste es amplísimo.

El orden público, como transparencia de la i-deología, y de los valores sociales, económicos, políticos, históricos... desempeña una función de adapta--ción y de respuesta del Derecho a las realidades sociales del momento. Junto a su función de mantenimiento - de la ideología, el Derecho, como factor de organiza--ción social desempeña una función de respuesta social. El orden público encarna distintos valores. El Derecho también los encarna. Y tanto uno como otro por su propio carácter histórico admiten una gradación y es al - graduarlos donde la sensibilidad del juez ha de desempeñar su más delicado cometido.

Junto a lo dicho hasta aquí hay que tener en cuenta que la función del juez se encarna en un orden--que es de Derecho. Paul Bernard muy atinadamente expone el alcance de esta matización: "se trata de un orden de

Derecho que exige el respeto de la justicia y de los derechos de cada uno. En efecto, el orden público se inscribe en el cuadro de la legalidad, y aquí nos encontramos con una primera exigencia positiva: las consideraciones de utilidad, de eficacia son insuficientes y deben conjugarse con preocupaciones de equidad y de armonía (...) el orden público es algo más que la ausencia de perturbaciones públicas del mismo modo -- que la salud es algo más que ausencia de enfermedad.== El orden público es el fruto de una obra constructiva, resultado de los esfuerzos para instaurar un orden vivo, dinámico y positivo (...) y en este sentido el orden público no es únicamente resultado (estado de he==cho opuesto a desorden) como una acción (medios) y un=fin (objetivos)" (102).

En este marco ¿cuál debe ser el criterio del juez?, ¿cómo debe actuar?... Todas las preguntas están y siguen abiertas. No trato de dar un catálogo de solu

---

(102) Paul Bernard, "La notion d'ordre public en Droit administratif".- Paris, Librairie Générale de --- Droit et de Jurisprudence; 1962, pág. 44-45.

ciones siempre válidas sino señalar ciertos criterios.

### 1.3.2.- Criterios de interpretación

Todos los criterios se apuntan en línea - con el carácter legitimador de la igualdad y de la libertad reales y concretas. Al mismo tiempo que desempeña este papel tampoco se debe olvidar que en un orden de Derecho la seguridad jurídica es garantía de la libertad. Son pues estos principios los que deben estar presentes.

En el sentido que señalo apenas hay referencias en la jurisprudencia civil. Sí encontramos, en cambio, abundante expresión de los mismos en la Jurisprudencia administrativa, sobre todo cuando el valor - en juego es la libertad. Se trata de una jurisprudencia totalmente asentada la que señala que "la intervención administrativa está obligada a elegir el medio menos restrictivo de la libertad individual" (T.S. 29 de abril de 1970) (103). Este respeto a la libertad indivi

---

(103) En igual sentido las sentencias de 29 de marzo de 1965; 8 de mayo de 1965; 22 de mayo de 1967; 22 de marzo de 1968; 25 de octubre de 1968; 26 de enero de 1970...

dual debe traducirse en el Derecho civil, sobre todo - en materia de libertad de contratación en proteger la efectiva igualdad de las partes, algo que en el actual sistema de extensión de los contratos de adhesión, en que la declaración de voluntad de una de las partes no tiene más campo que la aceptación del contrato con todas sus cláusulas y contenidos, debe ser contemplado - con especial cuidado de modo que el libre juego de la autonomía de la voluntad no podrá forzar a que una de las partes deba aceptar prestaciones desiguales... A este criterio de la igualdad, y a su alcance, hacíamos referencia al hablar del menor contratante. En materia de estado civil de las personas igualmente, al afectar a su esfera de acción tanto pública como privada, toda interpretación debe ser restrictiva de la limitación de la capacidad..., lo mismo debemos decir del resto de los campos que cubre el Derecho civil.

Junto a esta defensa de la libertad y de la igualdad, el orden de Derecho exige el respeto a la seguridad jurídica que nunca debe estar al servicio de las fuerzas sociales dominantes entendiéndola como simple defensa de la seguridad del tráfico jurídico.

CONCLUSION: El Orden público, el "imperium" del=  
Derecho y la equidad.

En consecuencia de todo lo hasta aquí afirmado es preciso reconocer que, al menos en lo que= afecta al Derecho civil y al resto de las ramas del De= recho que con él concuerdan en este planteamiento, si= bien el orden público aparece revestido de determinadas notas de imperatividad, este carácter no agota todo el= planteamiento, el absurdo se muestra aún más claramente si pretendemos agotar dicho carácter identificándolo só= lo con aquellos principios recogidos en normas escritas. Dicha razón de ser, en todo caso, procede del propio prin= cipio y no de su recogida en una determinada norma y, -- en segundo lugar, el carácter imperativo, por sí solo, -- no es capaz de explicar todos los contenidos que el con= cepto arrastra. La imperatividad ni es, ni puede ser, el único elemento que lo define, es un signo de las trascèn= dencia de lo protegido y como tal debe ser respetado pe= ro, también como tal, debe ser desarrollado con otros e= lementos complementarios.

El carácter imperativo de determinados= aspectos del orden público incide fundamentalmente en -- los aspectos tuitivos del Derecho y los refuerza, pero -- en una consideración teleológica del orden público su --

valor legitimador no finaliza aquí. Su campo es mucho - más amplio. Junto al orden público recogido en la ley,= este aparece también con nuevas caras y será la equidad y la sensibilidad del juez por la Justicia quien continuamente vele porque aquel, al actuar como límite de la libertad, se encuentre en todo momento indirecto, al ser vicio de la libertad, la igualdad y la seguridad jurídi ca.



CAPITULO SEGUNDO: El orden público en Derecho internacional privado.-

El orden público constituye, sin duda un tema clave del Derecho internacional privado, sobre todo para aquellos que insisten en su dimensión fundamentalmente conflictista. Ha sido una de las cuestiones que ha alcanzado mayor arraigo desde la vieja distinción de Bartolo entre "estatutos favorables" y "estatutos odiosos", según la aplicación extraterritorial o no de los mismos. Esta primera raíz estatutaria será abandonada paulatinamente a medida que el texto histórico-político en que surge se desdibuja pero al tiempo esta raíz estatutaria ha sido considerada por muchos (104) como el anteceden-

---

(104) Entre otros, Battifol-Lagarde, "Droit international privé", L.G.D.J., 5ª ed. Paris 1970, T.I, págs. 420 y sigs; Miaja de la Muela, "Derecho Internacional privado", Ed. Atlas, Madrid, 1969, T.I, pág. ==

más remoto del orden público (105), o mejor del carácter defensivo -del Ordenamiento, del sistema de relaciones - que refrenda y protege, de la ideología que subyace...-- que adopta el orden público.

De todas maneras, quiero señalar que el presente análisis del orden público en Derecho internacional - no es un estudio estrictamente técnico-jurídico, al modo

---

359 y sigs. En cambio, otros, como Francescakis, - ("Encyclopedie Dalloz, "Droit International", t. - II, Paris 1969, pág. 500) señalan a Huber (1636- - 1694) como precursor del concepto. Otros, en fin, - prefieren buscar los antecedentes en formulaciones= más recientes. No entro en la polémica y me adhiero a la posición adoptada por Aguilar Navarro en "El= orden público en Derecho internacional privado", - REDI, 1953. (Vol. VI, nº 1).

(105) Curiosamente los términos de Bartolo, y al margen - de la polémica de los orígenes, han sido recogidos= en una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de fe-- brero de 1966, al interpretar el art. 135 del códi- go civil: "la humana y racional reacción contra la= interpretación dada a las llamadas disposiciones o- diosas en una más generosa concepción de los debe== res de la paternidad en favor de los hijos, según - las líneas sociales imperantes".

tradicional, sino un análisis crítico-jurídico. En igual medida no me preocupa, o al menos no me preocupa de modo dominante, el orden público como técnica jurídica concreta, o la norma de aplicación inmediata, o cualquier otra técnica de defensa del Ordenamiento estatal; me interesa señalar cómo el Estado y el Ordenamiento estatal -y en esta medida los intereses "concretos" protegidos y legitimados en el interés público- se defienden en sentido nacionalista y que esta defensa, a través del orden público, es indeterminada y, por ello, un riesgo continuo a la hora de proteger internacionalmente situaciones y derechos con datos internacionales; así la interpretación tradicional de la cláusula de orden público fue un eficaz elemento de defensa nacionalista en la época de los nacionalismos, pero en abierta contradicción con el actual estado internacional de cosas. En las condiciones actuales, la cláusula de orden público o posibilita la armonización y solución internacional de los conflictos o, como señala Paul Lagarde, el autor que más detenidamente ha estudiado el orden público en Derecho internacional, debe desaparecer.

2.1.- El orden público en el proceso de descomposición  
de la unidad jurídica: la defensa nacionalista  
del ordenamiento estatal.

Desde la perspectiva conflictista, el orden público va adquiriendo progresivamente un sentido especial=

al amparo de dos fenómenos: la autodefensa de la ciudad= y del Estado frente a concepciones políticas religiosas, morales, jurídicas... extrañas a la ciudad; en segundo - lugar, el proceso de estabilización de la ruptura de la= antigua comunidad jurídica y política a partir del desa= rrollo de las nacionalidades, a lo que no es ajeno el -- planteamiento romántico de la idea de nación, del que in= dudablemente Savigny es deudor. Como indica Miaja de la= Muela, "esta noción, en cuanto excepción a la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la norma - de conflicto, va a surgir con mayor claridad en el momen= to que estas normas aparecen incluídas dentro de los Có= digos civiles, tanto más cuanto este momento es como ob= servó Gestoso Tudela, coincidente con el de la Revolución francesa, en que la legislación de este país se inspira= en directivas opuestas a las del "ancien régime", que las hace mutuamente impenetrables" (106).

Este punto de partida, que obedece a plantea= mientos ideológicos concretos acomoda una técnica jurídi

---

(106) Miaja de la Muela, O.c., pág. 359+360.

ca concreta (107) que no resulta aceptable en la hora - presente. El primitivo planteamiento de Bartolo o un - planteamiento exclusivamente conflictista del Derecho= internacional son inadecuados en la fase de cooperación e integración internacional y en el libre tránsito y co municación de hombres e ideas. La posibilidad de contac to y relación entre hombres pertenecientes a culturas y sistemas jurídicos diferentes agudiza el enfoque conflic tivista al hacer más patentes las diferencias y más abun dantes los conflictos, al tiempo que surge aún con mayor fuerza la necesidad de dar una respuesta internacional - coherente que, junto a los intereses estatales, salva--- guarde el tráfico jurídico externo y la justicia tutelan do con eficacia los derechos de la persona. Los cambios= históricos que repercuten en un nuevo entendimiento de - la comunidad internacional exigen la transformación de - los esquemas ideológicos y técnico-jurídicos sobre los - que se asienta el actual Derecho internacional; así se -

---

(107) Savigny al estudiar las consecuencias de la ruptura de la unidad jurídica indica que para que el orden= público tenga sentido es preciso que estemos en pre sencia de elementos que, aún ofreciendo matices di= ferenciales, tienen en su base planteamientos comu nes.

ha llegado a decir que el orden público que surge como defensa de los particularismos estatales debe ponerse al servicio y a la defensa de la protección internacional de los derechos del hombre; y esta no es una opinión aislada.

La defensa de los intereses estatales ha sido la misión fundamental que ha desempeñado el Derecho internacional privado, instrumentalizando el orden público y todo tipo de técnicas al servicio de dichos intereses. El Derecho internacional privado acabó convirtiéndose en un mero derecho para el Derecho, un Derecho instrumental, un recetario de fórmulas -de normas de conflicto, que se interpretaban restrictivamente a favor de la nacionalización del conflicto-, encaminadas a excluir o atenuar los efectos del Derecho extranjero en aras de un nacionalismo muchas veces exagerado que llegaba, e incluso hoy en día llega, a crear situaciones de auténtica indefensión de las partes afectadas por el conflicto. La opción nacionalismo-internacionalismo que se presenta a menudo como el centro de la polémica puede ser, en este contexto, un falso problema en la medida en que corremos el peligro de ocultar la realidad del litigio; y éste no reside en una regulación internacional que uniforme el Derecho, habría que uniformar también la interpretación, sino que se trata de postular una defensa realmente internacional de situaciones y derechos consolidados internacionalmente.

Las dificultades son múltiples. Si, de acuerdo con Carrillo, "la soberanía en el actual orden internacional es el dato fundamental y el interés estatal es definir el ámbito personal y territorial de su "impe<sub>r</sub>ium" y mantener su coherencia" (108); si los Estados se encuentran vertidos en mil maneras en su propia auto<sub>d</sub>efensa; si la publicación del Derecho avanza a pasos de gigante, no sólo por mero afán intervencionista sino por necesidades de la propia realidad; si el intervencio<sub>o</sub>

---

- (108) J. A. Carrillo Salcedo, "Derecho internacional -- privado" "Introducción a sus problemas fundamentales"; ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 107. En igual sentido, otros más siendo sumamente explícito Aguilar Benítez de Lugo: "mientras el Derecho internacional privado estatal propio de una sociedad de -- estados soberanos, su consecuencia será el particularismo en la valoración de las instituciones -- (conflicto de calificaciones) y el particularismo en la concepción que del Derecho tiene un Estado -- (intervención del orden público en su defensa)"; "Estatuto personal y orden público en Derecho internacional privado", REDI, 1967, pág. 246, (Vol. XX, nº 2).

nismo estatal encuentra campo en terrenos hasta hace poco "privados"... no cabe duda que este afán estatal por definir sus propios poderes, afirmar la exclusividad de su "imperium" y señalar ante todos sus propias peculiaridades sociológicas, políticas y jurídicas contribuye igualmente a acelerar el proceso nacionalista... Esto no supone una condena del intervencionismo, ni del proceso de publicación del Derecho o del nacionalismo... me coloco en otra perspectiva y, en este sentido, hago más - las palabras del profesor Aguilar Navarro sobre el sentido actual del orden público: "suprimir el orden público es negar la particularidad jurídica de los pueblo" (109); de este modo, concluye el mismo profesor, el orden público no se constituye en obstáculo para el Derecho internacional -como pudo ser el tratamiento nacionalista clásico de la cláusula de defensa-, sino en principio básico del mismo. Como más recientemente ha afirmado el mismo Aguilar Navarro, "la existencia de un entramado coherente de relaciones privadas internacionales excluye dos métodos de reglamentación: la absoluta unificación material=

---

(109) Aguilar Navarro, O.c., pág. 49.



del Derecho y la estricta y exclusiva aplicación de -- las normas materiales internas del Foro" (110). Aunque pueda haber reticencias a estas posiciones, de todos -- modos, lo único que podemos decir desde una actitud real, al margen del deseo, es que el Estado es la forma histó-- rica actual de organización de la convivencia, y éste es el primer dato que debe tener en cuenta una solución in-- ternacional de los conflictos y con ello me limito sim-- plemente a constatar el hecho de que, hasta el momento -- hayan fracasado casi todos los intentos por crear unDe-- recho internacional material uniforme.

En este marco todo ha sido cuestionado. Se dis-- cute sobre los orígenes de la noción, se discute su am-- plitud y flexibilidad, sus técnicas, es discutido su ca-- rácter legislativo o jurisprudencial y, al fin, ha sido-- discutido también el propio término.

2.1.1.- El problema terminológico y la autonomía -- del orden público internacional.

La terminología más tradicional traza la --

---

(110) "Derecho internacional privado", Vol.I, T.I, parte primera; 3ª ed., Fac. de Derecho, Madrid 1974, pág. 91.

distinción entre orden público interno y orden público= internacional en base a los efectos diversos que producen: el orden público interno se plantea como límite a= la autonomía de la voluntad, el orden público internacional actúa de límite y excepción a la norma extranjera a plicable por la norma de conflicto. Hay quienes discuten ambos términos y no faltan quienes al utilizarlos les -= dan sentido diferente. Así, por ejemplo, Sperduti da una explicación distinta a la metáfora de los círculos concéntricos (111) e indica que "los concretos límites al - reconocimiento del derecho extranjero que se refieren a= las exigencias de la convivencia civil humana atienden al orden público internacional, los límites concretos al renocimiento extranjero que se refieren a las exigencias

---

(111) Ambos órdenes se representan con círculos concéntricos siendo el orden público interno el de mayor diámetro. Se pretende significar que no todo lo -= que en Derecho interno se califica como de orden - público debe serlo en Derecho internacional. La -= consecuencia es obvia, aunque ambos manifiestan -= los principios impulsores del Estado, la reacción= del Derecho a la hora de protegerlos no tiene por= qué ser uniforme: los principios a defender son -= graduables.

nacionales atienden al orden público interno" (112); y ésta es una opinión muy extendida actualmente en la bús queda de un orden público realmente internacional.

La contraposición orden público interno y orden público internacional tiene sus orígenes en Brocher pero, a pesar de su arraigo, será continuamente cuestionada, sobre todo por aquellos que, de un modo u otro, -- trazan un paralelismo entre ley territorial, "ius cogens" y orden público. Así Trias de Bes dirá que por su carácter-límite, límite a la acción del Derecho extranjero, y por la identificación entre ley territorial y ley de orden público debe hablarse no de orden público internacional sino de orden público territorial. Francescakis -----

---

(112) Sperduti, "Sul limite dell'ordine pubblico", Riv. di Diritto internazionale, 1960, pág. 306; del mismo autor, "Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno", Riv. di Diritto internazionale, 1954, pág. 83.

(113), partiendo de que la concepción interna del orden público conserva su razón de ser en las relaciones internacionales se muestra de acuerdo con el carácter nacional del orden público, pues éste señala la pretensión de que prevalezcan determinados intereses nacionales, hace notar así que el adjetivo "internacional" se refiere a la fuente y no al objeto. Battifol y Lagarde (114) tratan de obviar dificultades hablando de "orden público en el sentido del Derecho civil interno" y "orden público en el sentido del Derecho internacional -- privado". Este matiz insiste en los efectos diversos -- que ofrecen las técnicas de defensa del orden público -- la peculiaridad es pues técnica, pero no conceptual -- según sean los intereses en litigio. Es cierto que los efectos son diferentes, porque los intereses son gra--

---

(113) O.c., pág. 499, "... la concepción interna del orden público conserva su razón de ser en las relaciones internacionales. Aquí y allá lo que está -- en causa es la coherencia y eficacia de la sociedad estatal. La noción de orden público es pues, -- en principio, formalmente la misma cuando se trata de Derecho interno y de Derecho internacional".

(114) Battifol-Lagarde, O.c., pág. 435.

duables-, pero esto no justifica que se pueda esquivar el problema con meras matizaciones lingüísticas. Por ello, no es extraño que a la hora de hablar de orden público internacional, tanto por su fuente como por su objeto, se hable de orden público realmente internacional (115).

Todos estos planteamientos parten, de diversas maneras, de tesis internacionalistas -la preferencia de una solución internacional a la solución nacionalista- o, al menos, de la mala conciencia del abuso nacionalista del orden público, no siendo extraño que constantemente se repita que una negativa indiscriminada a aplicar Derecho extranjero supone la más grave violación del Derecho internacional.

Las discusiones terminológicas nunca deben cerrarse dentro de sí mismas: la discusión en torno a un -

---

(115) H. Rodin tiene un artículo titulado, "Ver un ordre reellemente international", Melanges Basdevant, -- 1960. El propio Sperduti, en el concepto antes referido, parece apuntar en esta dirección cuando habla de orden público internacional. Este deseo está presente en la totalidad de los internacionalistas.

término no es, al menos no debe ser, un bizantinismo.= Frecuentemente se compendian en ella todos los problemas en torno a la estructura y al carácter que presenta el objeto de discusión. Dentro pues de un tratamiento - en que se cuestiona el concepto y el propio término, examinamos más adelante la teoría de las "normas de aplicación inmediata", como manifestación máxima de la defensa del Ordenamiento nacional frente a los Ordenamientos= extranjeros, en el contexto de la pluralidad de técnicas. El interés de esta técnica radica en haber distinguido -- netamente los distintos efectos que el orden público produce, graduando la aplicación del mismo y permitiendo a -- su vez organizar un nuevo modo de entender la noción de orden público, distinguiéndola de la norma de orden público. La confusión en el tratamiento de esta materia ha sido una constante. La no distinción de ambos conceptos surgió, tal vez de modo inconsciente, de la relación percibida entre -- orden público y ley territorial o "ius cogens", dándole al primero los caracteres formales e imperativos de los se== gundos.

Hemos hecho ya diversas referencias al carácter= flexible y relativo del concepto. Esta flexibilidad y va== riabilidad en el tiempo y en el espacio de los valores protegidos ha traído como consecuencia que su tratamiento técnico gozara de la misma imprecisión. Se ha tratado de po== nerlo en relación con elementos técnico-jurídicos que, co-

mo en Derecho civil, ofrecieran una mayor decantación, lo que explica que en sus primeras caracterizaciones,= también en Derecho internacional se pusiera en relación con la ley territorial y el "ius cogens", reforzando así el carácter de elemento y de técnica de defensa de los valores del Ordenamiento. El orden público se colocaba en defensa abierta de los valores dominantes del Ordenamiento al servicio de intereses concretos. Este paralelismo que tal vez no llame la atención en otras ramas del Derecho planteó problemas aquí por la contraposición dogmática entre personalidad y territorialidad de la ley.

En el fondo del planteamiento tradicional del Derecho internacional privado hay por su raíz estatutaria, nunca oculta, dos problemas conexos aunque claramente distingus: la cuestión de la aplicación de la norma de conflicto y el carácter personal o territorial de la norma, Junto a estos dos aspectos hay algo más: si el concepto es el mismo o no en Derecho interno y en Derecho internacional y, caso de que llegáramos a una respuesta afirmativa, si esa unidad de origen queda afectada o no por la técnica del Derecho y en qué medida, de rechazo, dicha técnica puede introducir elementos diferenciales. El problema se dificulta aún más si pensamos que como concepto defensivo indeterminado no siempre el=

campo de la defensa jurídica es el mismo, todo lo cual dibuja claramente el total de los elementos que de modo insoslayable debe tener en cuenta todo análisis sobre esta materia. Al analizar aquellos dos problemas no podemos olvidar este carácter defensivo e indeterminado.

2.1.2.- Orden público y carácter personal o territorial de la ley.

Desde que Mancini (116), posteriormente Pillet (117) y con ambos autores otros como Maury, Julliot de la Morandière... colocan en relación las nociones de orden público y ley territorial el tema no ha dejado de ser debatido. Las leyes calificadas de orden público juegan primordialmente en materia de estatuto personal y en ellas, como síntoma de la soberanía y del "imperium", se produce como efecto que en su aplicación se prescinda de

---

(116) Entre otros estudios, "Rapport a l'Institut de -- Droit international", Journal de Droit international, 1874, pág. 295 y sigs.

(117) "De l'ordre public", Annales de l'Université de - Grenoble, 1890.



cualquier dato de extranjería. Se trata así de normas nacionales aplicadas de modo absoluto y frente a las -- cuales no cabe alegar norma extranjera. Ahora bien, hablar de carácter territorial de la ley, en el contexto; del orden público, significa simplemente una referencia al carácter incondicionado y absolutamente obligatorio de la norma, al "imperium" estatal. El riesgo fue y es el exagerado nacionalismo a que conduce su interpretación mecánica. En este sentido, a mi modo de ver, significar la norma a través de la territorialidad supone una adjetivación tal vez incorrecta y confusa que insiste en un aspecto del imperium: en que éste se encuentra fundamentalmente objetivado en los límites y el marco de un territorio; así no puede extrañar ya que Trias de Bes hable de un orden público territorial o Sperduti de un orden público nacional. Se trata pues del marco del "imperium" y del modo como normalmente se manifiesta -- (118).

En esta línea tal vez sea más claro y se pres

---

(118) Una crítica de la identificación ley territorial y norma de orden público, junto a una puesta en claro de todas las dificultades que plantea por el ca

te a menos confusiones el concepto de Brocher al conjugar imperatividad y territorialidad: son "leyes que se=

---

rácter polivalente del término territorio, lo encontramos en Miaja de la Muela, O.c., T.I, pág. 362 y sigs. En la misma línea, y en un primer intento de distinción entre ley de orden público y norma territorial lo encontramos en Monaco al señalar que, aunque las dos se aplican de modo absoluto, sin embargo cumple funciones diferentes: "las leyes penales, procesales, fiscales, administrativas, de seguridad pública, las disposiciones sobre propiedad inmobiliaria son leyes territoriales, es decir leyes que por el principio de soberanía se aplican, exclusivamente en el territorio del mismo Estado sin dejar márgenes de aplicación a leyes extranjeras... mientras que -en ocasiones el límite de orden público interviene en materia de estatuto personal: luego no es lo mismo y no son conceptos coincidentes porque si todas las leyes territoriales son de orden público, no todas las de orden público son territoriales". "L'efficacia della legge nello spazio", Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1964, 2ª ed. pág. 98.

muestran de tal modo imperativas que parece, en su naturaleza, que son observadas de modo absoluto en el territorio de los Estados que las han reconocido" (119).

A la hora de arbitrar el juego del orden público, la tesis tradicional se coloca en esta línea al hacer hincapié en los matices imperativos (120) con que orden público se presenta en el mundo del Derecho, el --

---

(119) Brocher, "Teorie du droit international privé", --  
Rev. dr. int. leg. comp. 1871, pág. 423.

(120) Al hablar de aquí en adelante de imperatividad no trazo un paralelismo estricto con normas prohibitiva, que es el aspecto fundamental bajo el que se -- presenta la norma de orden público. La imperatividad con que se impone lo tutelado tiene otras manifestaciones como es la exclusión de la norma extranjera -- por virtud, no de prohibición de la norma nacional, -- sino por falta de coherencia de aquella con las concepciones del foro. No es una norma concreta quien -- es imperativa, sino todo el Ordenamiento quien manifiesta el "imperium".

orden público representa la defensa indeterminada del= Ordenamiento en ausencia de normas que taxativamente impidan la aplicación de Derecho extranjero; no distinguir entre nción de orden público y norma de orden público y= no haber interpretado el conflicto en un contexto de soluciones plurales es más bien resultado de una interpretación nacionalista que de las propias técnicas de defensa del sistema estatal de relaciones.

En última instancia la técnica del Derecho se= coloca al servicio de determinados intereses estatales.= La interpretación nacionalista hizo que el orden público se identificara con la ley imperativa en todo caso. Las= normas de aplicación inmediata en cierta medida obvian - el problema aún acentuando el nacionalismo, pero técnicamente dejan campo a una solución internacional de los -= conflictos. Lo que está por ver es si esta pretensión -= tiene realidad.

2.2. El orden público y la tutela internacional de situaciones y derechos con conexiones internacionales.

Entiendo por norma de orden público, -=

(121), aquella norma definida por su carácter esencialmente imperativo, que exige su cumplimiento de modo necesario en defensa de los valores ideológicos dominantes - en un sistema social concreto y que, por ello, se aplica frente a todos en el ámbito, territorial o personal, a - que se extiende la soberanía estatal, al menos en el actual estado internacional de cosas. Así, la norma de orden público se presenta como una manifestación jurídica de la voluntad constituyente. Es este carácter estatal - quien nos explica todos los fracasos habidos a nivel internacional para fijar un cuadro de dichas normas. No obstante, es preciso tener muy en cuenta que la norma de orden público no agota todo el contenido de la noción. - Esta primera aproximación lejos de resolver el debate, -

---

(121) Utilizo el término "norma" en su más amplio sentido, no sólo referido a la ley sino también al resto de manifestaciones de lo jurídico si bien, es preciso reconocerlo, el alcance de las normas que no sean al tiempo ley formal es mínimo, sobre todo en un sistema jurídico que, como el español, se caracteriza por un absoluto predominio de la norma escrita.

lo abre.

El orden público, como concepto jurídico in--  
determinado, juega una serie de papeles; si bien el juego  
es claro plasmándose en una pugna entre defensa de -  
los derechos de la persona y defensa del aparato estata  
tal, a pesar de la claridad, las peculiaridades técnicas  
con que ha de revestirse, condicionadas en gran parte --  
por la propia indeterminación del término, lo dificultan,  
lo ocultan o, al menos y según los casos, resaltan más un  
aspecto que otro. En todo caso el orden público defiende--  
los intereses dominantes ocultos, "legitimados" ideologi-  
camente en el "interés general" o "interés del Estado" en  
la medida en que el Estado pretende reasumir en sí a la -  
propia sociedad civil... El orden público legitima de nuevo  
la intervención de los órganos del Estado. Desde el --  
juego técnico de la excepción a la norma de conflicto, el  
orden público o la norma de aplicación inmediata garanti-  
za en las técnicas del Derecho internacional privado la -  
defensa del orden jurídico establecido, como defensa de -  
la sociedad establecida; y esto aparece de modo mucho más  
patente que en cualquier otra rama del Derecho. En este -  
envite el poder del Estado, exteriorizado a través de la=  
ley o de los órganos y aparatos de su defensa, se muestra=  
con una claridad meridiana. Lleg a resultar enfermiza la  
reiteración con que todos los autores insisten en este aspe  
cto al margen incluso de las distintas posturas que a--

doptan sobre el sentido de la técnica jurídica y los -- planteamientos teóricos del Derecho internacional priva-- do. Hablar, como hacen algunos, de tutela de la coheren-- cia del Ordenamiento no deja de ser un eufemismo.

Como resultado de lo anterior y de la mala -- conciencia nacionalista de los abusos de la cláusula de orden público se afirma de modo unánime el carácter ex-cepcional de dicha cláusula (122); se trata de una di--

---

(122) Así no es extraño el disgusto con que Aguilar Be-- nítez de Luego se manifiesta en esta materia al ha-- blar de lo que él denomina la "invasión del orden-- público en Derecho español": "el orden público in-- terviene en numerosas materias de estatuto perso-- nal y lo hace en base personal, en función de la -- nacionalidad española de alguno de los elementos -- de la relación jurídica, y en base territorial, por la localización en suelo español de relaciones jurí-- dicas entre extranjeros. Es suficiente para la apri-- ción del orden público el contacto de la relación ju-- rídica controvertida con el foro en el momento de-- la constitución o invocación. La acción del orden -- público es total, no admite atenuación de su efica-- cia, Mas que excepción es regla. Habiéndose llegado

rectriz moralizante que pretende evitar las situaciones de indefensión a que podría dar lugar una interpretación maximalista. En el fondo existe el temor a que los particularismos estatales bajo los que aparece el orden público den por tierra con los intentos internacionalistas, - máxime cuando, como ha señalado Quintín Alfonsín, "la elasticidad imprevisible de semejante excepción amenaza, - en fin, a los tratados internacionales pues autoriza a - cada Estado contratante a dejar de lado sin más trámite= las normas convenidas cuando el orden público esté por - medio" (123). Estos planteamientos y otros semejantes han llevado a la necesidad de ratificar el carácter excepcional del orden público. Como he señalado anteriormente no es este el único riesgo, está la consecuencia mucho más grave de que una aplicación mecánica y apriorista del orden público defendiendo el orden estatal no tutele ni pro

---

a considerar que todo el Derecho español sobre personas es de orden público", "Estatuto personal y orden público en Derecho internacional privado, REDI, nº 1967, pág. 245. (Vol. XX, nº 2).

(123) "Teoría del Derecho internacional privado", Montevideo, 1955, pág. 562.



teja situaciones dignas de protección faltando así a un elemental deber de justicia. Vuelvo a insistir que el orden público o tiene un valor democrático e igualitario y en este sentido legitimador de la intervención nacionalista del poder del Estado o es el primer portador de la injusticia. Así, al menos en principio, el problema y los riesgos del concepto los encontramos no tanto en la defensa del orden estatal cuanto en las modalidades de dicha defensa y lo que señalamos en relación al orden público lo referimos a la norma de aplicación inmediata: el riesgo es siempre la nacionalización de una situación jurídica con matices internacionales. El riesgo no radica en el objeto sino en la ineficaz o nula protección que el Derecho nacional pudiera otorgar a derechos o situaciones que surgen internacionalmente; que el derecho nacional se proteja frente a determinados supuestos puede ser conveniente e incluso de justicia, pero defenderse indiscriminadamente ante el Derecho extranjero podría engendrar las más graves injusticias. Cualquier planteamiento debe verar no tanto en la defensa del orden estatal establecido cuanto en la intensidad de lo protegido y, en pura lógica, el aislacionismo, el intervencionismo o el nacionalismo desmesurado cuando se muestran como variantes del autoritarismo puede llevarnos a una defensa del orden estatal por el puro orden. Cuando afirmamos la necesidad de precisar el concepto,

de analizar y precisar sus términos en la medida de lo posible, no establecemos un puro juego doctrinal y profesoral, volvemos a tomar partido por un sentido democrático y abierto del concepto.

2.1.- La teoría de las normas de aplicación inmediata en la doctrina española.

Varios autores se han hecho eco de dichos planteamientos en nuestra patria. Entre otros, González Campos (124), Carrillo Salcedo, Marín López (125) lo han tratado especialmente. Se parte de distinguir entre norma de orden público -englobada entre las denominadas normas de aplicación inmediata o necesaria- y no-ción de orden público y esta se mantienen más o menos en línea con el concepto tradicional, aunque se insiste en que debe posibilitar una solución auténticamente internacional de los derechos. Ahora bien y ya desde el primer momento quiero señalar que a mi modo de ver la -

---

(124) REDI, 1967, /Vol. XX, nº 2). págs. 301 y sigs. Comentario a la sentencia de 5 de abril de 1966.

(125) Marín López, "Las normas de aplicación necesaria - en Derecho internacional privado". REDI, 1970, pág. 19 y sigs. (Vol. XXIII, nº 1).

distinción no resuelve el problema más que en parte. La seguridad jurídica que puede añadir la norma de aplicación inmediata se muestra aquí como una variante del interés legislativo. El problema, de nuevo, son los matices del "imperium". Por distintos caminos la técnica del Derecho puede ponerse al servicio del aparato de Estado. La cuestión tal vez exceda a un planteamiento dogmático del Derecho internacional pero ello no excluye un análisis crítico y político, esto es un análisis del modo como se muestra y actúa el poder.

Carrillo justifica así su postura: "las leyes de policía nos sitúan ante un método distinto al conflictual, ante un método que no concede relevancia alguna a los elementos extranjeros existentes en el supuesto ni a un eventual derecho extranjero, ante un método que un importante sector doctrinal viene caracterizando en los últimos tiempos con la denominación de reglas de aplicación inmediata del Derecho interno y que yo prefiero denominar reglas de Derecho interno de aplicación necesaria" (126); "no hay en ellas (leyes prohibitivas, de policía, de orden público) consideración alguna de los factores de extranjería ni elección del Derecho aplicable, =

---

(126) Carrillo, O.c., pág. 93.

y la reglamentación viene proporcionada por el Derecho interno del Ordenamiento del foro, algunas de cuyas normas resultan de aplicación necesaria y rigurosamente obligatoria" (127). El efecto fundamental es así separar el tratamiento de la norma de conflicto de la noción de orden público pues "el Derecho internacional no puede quedar reducido al conflicto de leyes y a las normas de conflicto, y una comprensión de nuestra disciplina exige que se reconozca y dé parte a cada uno de los métodos posibles (128) en la reglamentación jurídica del tráfico externo, teniendo en cuenta que en ellos pueden existir situaciones de conflicto, pero también de concurrentia y complementariedad, en la medida en que pueden conducir a una única y justa solución al problema planteado".

Parecidos planteamientos recoge González Campos, si bien su estudio de la sentencia de 5 de abril de 1968 trata de poner de manifiesto, a partir de Battifol y Lagarde, cómo el funcionamiento de nuestros tribunales=

---

(127) Ibidem, pág. 91

(128) Estos son fundamentalmente: la norma de conflicto, norma de aplicación inmediata y normas de Derecho internacional material.

en esta materia ha llegado a identificar noción de or=  
den público y norma de aplicación inmediata (129).

Técnicamente la tesis parece sugestiva, si --  
bien encierra riesgos reconocidos por sus mismos defen=  
sores. Prueba de ello es el carácter polémico con que -  
el propio Carrillo la sustenta. El mérito fundamental -  
radica en mostrar cómo el orden público no produce sus=  
efectos de modo uniforme. El orden público al proteger=  
determinados valores gradúa al mismo tiempo su protec=  
ción. La constatación de la existencia de normas de apli=  
cación inmediata no supone el fin del concepto de orden=

---

(129) "Partiendo de estos condicionamientos es facilmen=  
te explicable que nuestra jurisprudencia, igual -  
que ocurría en los albores de la ciencia del Dere=  
cho internacional privado no se pregunte cuál es=  
la ley más apropiada para regular una relación ju=  
rídica, entre las distintas que pueden regir el -  
supuesto, sino que cuestione únicamente sobre la=  
esfera de vigencia de la ley; y si esta ley mate=  
rial del foro ha sido previamente cualificada como  
de orden público extienda su aplicación de forma -  
incondicionada a un supuesto de tráfico externo",=  
González Campos, O.c., pág. 315.

público, sino darle a éste un alcance diferente. "El orden público no nos condena así a una actitud nacionalista y cerrada, de preferencia sistemática de nuestro derecho y de nuestras normas jurídicas a cualesquiera otras, ya que puede y debe intentarse un análisis de la institución o de la norma jurídica extranjera, un es fuerzo de adaptación con las del foro, una búsqueda de equivalencias" (130).

A pesar de lo afirmado, los propios defensores de la teoría de la norma de aplicación inmediata han de reconocer que ésta no soluciona todos los problemas. En el fondo continúa la pregunta de por qué determinadas normas revisten este carácter, es decir por qué determinados supuestos nacionalizan la relación y otros no. El orden público tutela determinados valores si bien no se manifiesta en todos de modo uniforme el "imperium" del Estado. Aquí y allá lo que está en juego es, con Francescakis, la cohesión y la eficacia de la sociedad estatal. En este sentido la diferencia entre noción de orden público y normas de aplicación inmediata no creo que señale diferencias fundamentales en cuanto el problema de fondo, el "qué" y el "por qué" de lo defendido,

---

(130) Carrillo, O.c., pág. 287.

aunque sí desde un punto de vista técnico-jurídico, pero en este momento y paradójicamente, el problema deja de ser técnico-jurídico para convertirse, de nuevo, en político-ideológico: en base a qué una norma es de derecho necesario y en base a que no lo es; que motiva que un valor sea protegido frente a todos y sin posibilidad de excepción; por qué varían de una estructura política a otra los valores tutelados... son todos problemas ideológicos, no técnicos. Incluso la técnica jurídica pudiera ser idéntica en todos los casos y el resultado diverso.

Ahora bien, a mi modo de ver, la norma de aplicación inmediata no soluciona el problema de fondo: la preferencia nacionalista sobre la solución internacional, aunque acota su alcance, su efecto es el mismo que el de la cláusula de orden público, como cláusula de reserva, y es irrelevante que opere "a priori" o "a posteriori"; su única virtud y su única aportación real sería si, admitida la norma de aplicación inmediata o necesaria, desapareciera la cláusula de orden público por lo que la norma puede añadir de determinación sobre la indeterminación del orden público, añadiendo un elemento de seguridad jurídica, si bien esta se envuelve críticamente no en la defensa de los derechos del ciudadano sometido al Derecho, sino en la defensa legislativa de los intereses legislativos dominantes. Pero queda un problema: ¿quién=

señala cuándo nos encontramos ante una norma de aplicación inmediata?; si es el legislador se abren todos los problemas reseñados en el título primero; si el juez, el problema vuelve a sus orígenes: la norma elimina indeterminación, pero la norma surge en un contexto nacional y estatal encaminada a resolver conflictos internos, al menos en principio; desde este punto de vista, la norma de aplicación inmediata que no se dirija legislativamente a excepcionar la aplicación de Derecho extranjero, es internacionalmente indeterminada.

## 2.2.- Problemas actuales del orden público en Derecho internacional.

La descripción que daba Aguilar Navarro en 1953 sobre la estructura tradicional del orden público sigue hoy siendo válida. Decía el profesor de la Universidad de Madrid: "la doctrina española coincide en señalar como principales fines del orden público, los siguientes: 1) se trata de una institución defensiva; 2) realizada mediante una limitación de la aplicación del Derecho extranjero; 3) con la intención de proteger intereses sociales y esenciales del orden jurídico y social; 4) guiados por el deseo de impedir una perturbación y desarreglo en la vida de la comunidad" (131).

---

(131) "El orden público en Derecho internacional privado", REDI, 1953, pág. 69. (Vol. VI, nº 1).



Como cláusula de defensa su efecto es excluir la aplicación de la norma extranjera, exclusión que se justifica como salvaguarda de determinadas políticas legislativas, como protección de la soberanía del Ordenamiento, o simplemente como defensa del sistema social. = Dicha exclusión produce la aplicación consiguiente de la norma nacional adecuada al supuesto. Esta descrip-==ción aparenta una gran simplicidad pero encierra ya todos los problemas de la técnica jurídica internacional:-- si las cuestiones previas no excluídas por la ley nacional deben ser regidas o no por la ley que regula la cuestión de fondo; si, por ejemplo, deben ser desdobladas o= no, sobre todo en materia de matrimonio, los aspectos -- del fondo y de forma en virtud del axioma "locus regit - actum" (132).

La instrumentalización del concepto al servi==cio de las peculiaridades estatales tiene su máximo apoyo en la propia indeterminación de la cláusula defensiva. Un afán de resolver esta dificultad ha hecho que se señale la necesidad y conveniencia de sustituir la cláusula= genérica de reserva por cláusulas especiales pero sin que,

---

(132) Este ha sido un problema planteado en el Derecho - español ante cuestiones suscitadas por matrimonios

a mi modo de ver, esto sea capaz de resolver las dificultades planteadas. En una misma línea de reducir el ámbito de los problemas de calificación, se encuentran aquellos que piden, como garantía de la seguridad jurídica,= que sea el legislador quien defina las normas de aplicación necesaria, excluyendo así la intervención del juez; parece estar presente el conocido axioma de Leo Rappe; - "la norma de colisión supone un salto en el vacío" ante= el desconocimiento del Derecho extranjero por el juez -- del foro. Así las cosas es aún más grave el peligro de=

---

civiles de españoles celebrados en el extranjero, se= gún la forma del lugar. Así, entre otras, la senten= cia de 12 de mayo de 1944, "... en materia de forma= de matrimonio civil (...) es preciso tener presente= (...) el valor relativo del principio "locus regit - actum" y del Derecho internacional todo, pues éste - forzosamente debe claudicar ante el interés nacional español"; hoy la dificultad ha desaparecido y la ju= risprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la= Dirección General de Registros, armoniza el respeto= a la ley española de fondo que condiciona el matrimo= nio civil a la acatolicidad y la ley local para regu= lar la forma matrimonial. Sobre estas cuestiones, -- ver Aguilar Benítez de Lugo O.c., pág.230 y sigs.

una exclusión "a priori", operada de modo absoluto (133).

---

(133) Dice Goldschmidt, "la aplicación del Derecho ex--tranjero no puede ser descartada sino en casos excepcionales. El orden público ha de constituir por ende una rara excepción. En esta materia se enfrenta la doctrina de la aplicación" a priori" del orden público con la teoría de su aplicación "a posteriori", la primera declara ciertas disposiciones del Derecho patrio como de orden público aplicándolas en su caso sin tener en cuenta la aplicabilidad y el contenido del Derecho extranjero: las disposiciones de orden público se aplican "a priori". La segunda tesis califica ciertos principios subyacentes al Derecho positivo, como de orden público cuya aplicación no es examinada sino en relación con un Derecho extranjero determinado, aplicable con arreglo a las normas indirectas: los principios básicos del Derecho positivo se aplican, pues, "a posteriori". El respeto debido al elemento extranjero autoriza únicamente la teoría de la aplicación "a posterior" del orden público"... "Estudios yusprivatis--tas internacionales", Universidad de Rosario, Rosario, 1969, pág. 26; Alfonsín indica que la doctrina apriorista presupone la vieja técnica estatutaria,=

Las normas de aplicación inmediata deben ser interpretadas igualmente desde la perspectiva de la sociedad en cambio. Factores como el intervencionismo estatal :la omnipresencia de la ley- han traído como consecuencia una paulatina nacionalización de los conflic-

---

según la cual, el Derecho internacional privado tiene por única misión establecer qué leyes poseen este efecto territorial y cuáles son extraterritoriales, Alfonsín, O.c., pág. 563.

Lo expuesto por estos autores no contradice en nada lo que defendemos. En sus deseos internacionalistas hablar de "a priori" o "a posteriori" solo -traslada a la letra el respeto que el Derecho nacional debe tener al Derecho extranjero; peligro tal -vez más grave en el planteamiento de las normas de aplicación inmediata; simplemente es necesario tener presente que si el orden público se aplica siempre -con carácter excepcional, la norma de aplicación inmediata debe ser presentada, todavía en mayor medida, como algo excepcional, sino queremos romper el equilibrio de la solución armónica de los conflictos con elementos de extranjería.

tos diferenciarse cada vez más los elementos que inte-==  
gran y dan su propio carácter a los Estados lo que plan-  
tea dificultades en orden a una protección jurídica in-==  
ternacional en un momento en que las relaciones entre ==  
los hombres rompen cada vez con mayor fuerza las estre-==  
chas cotas de las fronteras estatales. La defensa frente  
al escándalo, frente a lo desconocido, justificó en tiem-  
pos pasados la intervención del orden público en un sen-  
tido nacionalista pero, tal vez, haya dejado de tener ==  
sentido cuando la convivencia y las propias necesidades==  
del tráfico jurídico aceptan lo que ayer escandalizaba,=  
intentan llegar a comprender lo desconocido...

En una interpretación democrática -de defensa-  
de los derechos de la persona antes que defensa de los in-  
tereses estatales- que posibilite a la vez las relacio-==  
nes internacionales y en base a los criterios señalados=  
de conurrencia y complementariedad de las distintas téc-  
nicas que regulan el tráfico externo y las peculiarida-==  
des nacionales, junto al propio carácter excepcional del  
concepto, cobran especial fuerza dos técnicas que arran-  
can de antaño: las teorías de los efectos atenuados y la  
de los efectos reflejos del orden público, la primera de  
ellas trata de dotar al juez de determinados criterios -  
en base a una distinción sumamente simple: la diferencia  
entre norma y efectos de la norma. La segunda trata de -

romper con los esquemas estrictamente estatales del orden público y abrir la posibilidad de admitir ante el juez del foro el Ordenamiento extranjero en aras de la armonía internacional de las soluciones.

Si en páginas anteriores señalábamos que el orden público es una consecuencia nacida de la ruptura y el desmembramiento de la comunidad jurídica, hoy debemos afirmar con la misma fuerza que, aún respetando las peculiaridades estatales, el intercambio creciente en las relaciones entre ciudadanos sometidos a distintas soberanías exige una protección de los derechos que no se cierre en los límites del Estado (134).

---

(134) Aunque en un contexto diferente, Aguilar Navarro decía, hace ya tiempo; "la territorialidad de la ley, la territorialidad del escándalo y la territorialidad del orden público son manifestaciones afines de un mismo sistema de vida asentada fijamente en el territorio. Mas desde el instante en que la vida se vaya universalizando, el escándalo deberá tener una versión menos territorial y más extraterritorial. Con la peculiaridad de que la extraterritorialidad en progresión llegará a transformarse en una universal territorialidad. Para evitar que se -

Una protección de los derechos realmente efectiva debe -  
tender, hoy en día a ser universal; internacional, no so-  
lo nacional. En la pugna entre las peculiaridades esta-  
tales y la protección de los derechos, aquellas tendrán-  
siempre a ésta como límite. Ningún nacionalismo puede ==  
justificar, por sí mismo, la falta de protección de los-  
derechos de un ciudadano extranjero o nacional. Cualquier

---

tomen mis palabras como un simple juego de palabras ==  
voy a tratar de articularlas más en la realidad. Los -  
pueblos se han escandalizado de lo desconocido, de lo-  
extraño (...) Esto tenía sentido cuando existían fron-  
teras morales y culturales, pero cuando el hombre se -  
hace emigrante y la sociedad se transforma en una so-  
ciedad abigarrada, entonces la convivencia con divorcia-  
dos (N. del A.: se refiere a un ejemplo anterior) es ==  
tan grande que de hecho la territorialidad no supone la  
ausencia de divorciados. Al mismo tiempo y como obliga-  
da defensa contra ese cosmopolitismo (...) el hombre de-  
be arraigarse en su "comunidad espiritual e histórica" y  
no puede despojarse de esas dimensiones naturales. Es -  
por esto por lo que se amplía la extraterritorialidad y  
sigue la acción del mismo orden público.

pugna, cualquier problema de interpretación en esta materia debe ser siempre interpretado en sentido favorable a la protección internacional de los derechos.

La teoría de los efectos atenuados del orden público surge en Francia en el Siglo XIX en materia de divorcio, no admitido entonces en dicho país. Posteriormente se extenderá como un presupuesto general a todas las materias. De Francia pasará a Europa (135).

La jurisprudencia francesa ha centrado el problema en los siguientes términos: "la reaction a l'encon-

---

- (135) Cfer., Von Bar, "Theorie und praxis des internationalen Privatrech", Leipzig, 1899, págs. 26 y sigs.= Una exposición muy completa de dicha evolución y obligado elemento de referencia es la obra de Paul Lagarde "Recherches sur l'ordre public en Droit international Privé". L.G.D.J., Paris 1959. Igualmente en "Droit international privé de Battifol-Lagarde. Una exposición esquemática de esta evolución, pero con un gran interés por el estudio de la resonancia de dicha teoría en la jurisprudencia española, lo encontramos en el ya citado comentario a la sentencia de 5 de abril de 1966 por Gonzalez Campos.



tre d'une disposition contraire a l'ordre public n'est -- pas la meme suivant qu'elle met obstacle a l'acquisition= d'un droit en France, au suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France effets d'un droit acquis, sans frau= de, a l'etranger et en conformité de la loi ayant compé= tence en vertu du droit international privé français". (17 de abril de 1953) (136). De este texto recogido de la ju= risprudencia francesa se deducen las siguientes consecuen= cias:

- 1.- El orden público no reacciona siempre del mis= mo modo, lo hace graduando la reacción.
- 2.- Una de estas manifestaciones graduadas consis= te en distinguir entre norma y efectos de la= norma: la imposibilidad de adquirir determina= dos derechos en Francia, según el derecho fran= cés, no quiere decir de modo absoluto que di= chos derechos no pueden adquirirse válidamente en el extranjero, por un ciudadano francés.
- 3.- Los límites a dicha posibilidad son:
  - a) que no exista fraude de Ley
  - b) que la competencia de la norma extranjera venga señalada en virtud del derecho ih= ternacional privado del foro.

---

(136) Citado por Battifol-Lagarde "Droit international - Privé, pág. 435.

c) el orden público realmente internacional modera= en última instancia el alcance del orden público nacional al interpretarlo y permitir el juego se= ñalado en el punto segundo (137), si bien el ca=

---

(137) No se trata de excluir la intervención del Orden público en materia de consecuencias en Francia de= derechos adquiridos en el extranjero, se trata de= un efecto atenuado, es decir se manifiesta en los= casos más graves. Así la jurisprudencia decide que no se puede hacer prevalecer en Francia la propie= dad de un mueble adquirido en el extranjero en vir= tud de una expropiación organizada por la ley lo= cal pero sin indemnización: el orden público se o= pone en Francia a los efectos de la expropiación.= A pesar de esta referencia al orden público esta= tal -fruto tal vez de la omnipresencia, consciente a veces, inconsciente otras, del dato estatal en - los internacionalistas- parece evidente que es, al tiempo, una referencia a un principio general del= Derecho compartido por una comunidad jurídica más= amplia que la nacional; es la búsqueda de princi= pios generales en sistemas jurídico-políticos pró= ximos las que permite realizar un juicio de valor= sobre aquellos Estados que no lo admiten, al tiempo que señalan también otros nuevos caminos de integra= ción jurídica.

so que aducen Battifol y Lagarde, la adquisición, según la ley local, de bienes expropiados sin indemnización tiene ribetes -defensa capitalista de la propiedad privada- que no hacen auténticamente universal al rechazo del supuesto o, al menos, debe ser muy matizado.

Philooenko, de modo mucho más claro, señala como exclusión del Derecho extranjero aquellos supuestos que "no sólo chocan con el Derecho francés sino también con el Derecho internacional"; como el mismo aprecia estos casos= son pocos y los más claros son la esclavitud o la poliga--mia: la obli acción de fidelidad de un matrimonio poligámi--co no puede ser sancionada en Francia. La idea de Philonenlo es clara, el orden público realmente internacional y --no sólo el orden público nacional pueden oponerse a la a--plicación de una norma nacional como es la que exige el deber de fidelidad entre los cónyuges.

Miaja de Muela incluye, al hablar de los efectos atenuados del orden público en su "Derecho interna--cional privado", dos cuestiones que presentan ribetes --muy peculiares y que, en el caso español han sido estu--diados monográficamente entre otros por González Campos--y Aguilar Benítez de Lugo: si el régimen jurídico conse--cuente a la cuestión principal arrastra o no, en cuanto--a la aplicación de la norma competente, a las cuestiones

accidentales o formales (138) y si el Ordenamiento jurídico puede extender su campo de acción a cuestiones ta==

---

(138) En el caso español una muestra es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1944: "en materia de forma del matrimonio civil (...) es preciso tener en cuenta (...) el valor relativo del principio "locus regit actum" y del derecho internacional todo, - pues éste forzosamente debe claudicar ante el inte== rés nacional español" (el subrayado es mío). En i--- gual sentido T.S. 4 de junio de 1962; T.S. 2 de no-- viembre de 1965 RDGRN de 13 de octubre de 1959. En - este mismo sentido ver las conclusiones de González= Campos recogidas anteriormente. Si bien es cierto -- que, en virtud de determinadas normas registrales y sobre todo el menor respeto a la forma en Derecho -- matrimonial como causa de nulidad, tal vez como consecuencia de la evolución de los tribunales eclesiás-- ticos en este mismo sentido, se han operado ya sensi-- bles modificaciones. De todos modos dicho comporta-- miento jurisprudencial, rebatido y criticado, es un-- exponente de un planteamiento rabioso y descarada--- mente nacionalista.

les que, en su origen, no tuvieron ninguna relación con el foro, pero que son materias de orden público, por ejemplo si el Derecho español debe reconocer o no impedimento de de- ligamen a súbditos extranjeros divorciados válidamente an- te su propio ordenamiento, sin conexión con el ordenamiento español en ningún momento, y que desean contraer matrini- monio civil ante juez español, haciendo constar su acatoli- cidad.

Parece claro que, en el primer caso, sea el régi- men jurídico que rige la cuestión principal quien igualmen- te rija las cuestiones incidentales, salvo la existencia de normas de Derecho Internacional Privado material o principios generales del mismo universalmente admitidos - que señalen lo contrario, principios como el "locus regit actum" u otros (139). En el segundo caso, y esto tal vez pu- diera extenderse al primero, es preciso tener muy prese- nte un principio de Derecho internacional privado al que nos hemos referido ya con anterioridad y que podríamos enunciarlo como principio de la solución armónica dede-

---

(139) Lagarde "Recherches sur l'ordre public en Droit international Privé" págs. 55-73.

los problemas de Derecho internacional. La armonía internacional de las soluciones pueden pedir que no se aplique la norma de conflicto del foro: "El principio de inaplicabilidad de las reglas de conflicto del foro nos lleva a reconocer los límites de nuestro propio ordenamiento hasta el punto de renunciar a la aplicación de nuestras reglas de conflicto cuando el supuesto de que se trate ha nacido o se ha extinguido fuera de nuestra esfera jurídica. De este modo (...) una actitud preocupada exclusivamente por garantizar la cohesión y eficacia internas del Derecho del foro, pero vuelta de espaldas a las exigencias del tráfico externo, el principio de inaplicabilidad del sistema de Derecho internacional privado del foro respecto de las situaciones jurídicas adquiridas en el extranjero nos ofrece una actitud radicalmente contraria, inspirada en el principio de la armonía internacional de las soluciones, una actitud en que la relativización y neutralidad del ordenamiento del foro resultan evidentes y beneficiosas" (140).

Lagarde cree que el orden público es un elemento perturbador para la solución de conflictos. El orden público supone un riesgo y un obstáculo permanente a los es

---

(140) Carrillo, O.c., pág. 221

fuerzos para construir una auténtica comunidad internacional; es un elemento a eliminar, pero de modo realista le reconoce también una función de coherencia y en este sentido es un "elemento de perfeccionamiento técnico de las reglas de conflicto" (141). Ese deseo de que el orden público juegue un papel integrador, que no sea una mera defensa frente a todo, que establezca un juicio de concurrencia y complementariedad lo expresa claramente cuando afirma: "Una sumisión ciega del juez a la regla de conflicto vendría a parar en absurdos e incoherencias que irían contra el fin mismo de la regla de conflicto, a saber la coordinación de sistemas jurídicos a fin de llegar a la solución de un litigio de derecho privado por una legislación más apta para reglarlo. Pero como esta legislación es, a menudo, muy diferente de la del foro debe ser adaptada, y es aquí donde el Orden Público interviene, no para eliminar el derecho extranjero, sino para revestirlo al modo del foro y darle sus posibilidades de eficacia. - Esto no es por el simple placer de lo paradójico; se ha visto que el orden público no tenía por objeto sustituir=

---

(141) Lagarde, O.c., pág. 239.

integramente la ley del Foro por la ley extranjero, sino simplemente eliminar de la ley extranjera los elementos que no podían adaptarse a las instituciones del foro puestas en causa" (142).

Para Miaja de la Muela esta afirmación y otras semejantes que hace arrancar no tanto del principio de armonía internacional de las soluciones cuanto del carácter excepcional del orden público, son "communis opinio" entre los estudiosos del Derecho internacional privado, aunque no falten adversarios de la teoría propuesta. Por este camino podíamos llegar a supuestos que, en los planteamientos del miedo al escándalo y lo desconocido, pudieran parecer absurdos, tales como que el juez del foro aplicara Derecho extranjero entre extranjeros que localizaran su relación en el foro aunque fuera contrario al propio orden público del foro.

No acaban aquí las técnicas ni las posibilidades que la noción de orden público puede desarrollar. Se ha sugerido igualmente la aplicación de la institución semejante. Se trata, en definitiva, de precisar en cada momento qué es el orden público y cuál es la reacción que el ordenamiento del foro debe mostrar, que no tiene

---

(142) Lagarde, O.c., pág. 237.



por qué ser uniforme. En determinados momentos el orden público exigirá la exclusión radical de la norma extranjera. En otros, el juego de la norma extranjera será total; y, en otros, deberá intentarse un juicio de concurrencia y complementariedad; pero el orden público no puede ser un mero reflejo del "imperium" y del poder -- del Estado, excluyendo en todo momento el Derecho extranjero; ni cláusula de reserva que impida cualquier tipo -- de internacionalización de los conflictos. Si las rela-- ciones entre los hombres y los países están cada vez me-- nos encerradas en las cotas nacionalistas, la respuesta -- del Derecho deberá seguir el mismo camino y el orden pú-- blico, por la flexibilidad que ofrece a la interpretación, debe cumplir un papel al servicio de la salvaguarda internacional de los derechos.

Título III: Orden público y Aparato coactivo  
de Estado.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

i 37825628

Capítulo I: Orden público y policía adminis-  
trativa:

A pesar de que no podemos decir que el orden público sea competencia exclusiva del Ejecutivo -requiere igualmente el apoyo legislativo y judicial-, no es - menos cierto que su mantenimiento se coloca, ya desde - las primeras constituciones liberales, e incluso con anterioridad, en el centro de las funciones del Ejecutivo. En la misma medida la evolución del Ejecutivo y del Estado liberal va ligada a la evolución de la función de policía.

El proceso que va del Estado-policía al Estado intervencionista no es ni un resultado casual de un afán centralizador de acaparación de funciones ni, a pesar de opiniones contrarias, resultado de una traición a los padres del liberalismo sino consecuencia de la -- propia necesidad de reproducir el esquema de poder y la estructura social del Estado liberal, incrementar el -- "consensus" e integrar a todos los grupos y todas las - clases en el sistema liberal-capitalista: ante el desequilibrio y el desorden el Estado debe intervenir para mantener el orden, pero su acción no puede ser exclusi-

vamente "a posteriori", al modo del Estado-policía, debe actuar igualmente tratando de prevenir que no se produzca el desorden y esta prevención no puede limitarse a conceder determinados poderes al Ejecutivo en virtud de los cuales pueda limitar el ejercicio de los derechos sino que fundamentalmente esta actividad preventiva tiene por fin crear unas condiciones en las que la posible agudización de contradicciones del sistema no destruya al propio Estado y su sistema de relaciones. La policía de seguridad que se materializa en la tranquilidad de las calles dará paso a una idea más amplia de orden público y de policía. El Estado intervencionista supone la adaptación del liberalismo a una nueva fase histórica. Es en este contexto en el que se desarrolla el Ejecutivo, Gobierno y Administración, y en el que adquiere su propio perfil.

García de Enterría ha descrito en "Revolución francesa y Administración contemporánea" el proceso de alumbramiento y desarrollo de la Administración contemporánea como una "disidencia revolucionaria" del principio de separación de poderes. La razón determinante de este proceso sería "el recelo que los revolucionarios sintieron hacia los antiguos parlamentos judiciales, como la lucidez de Tocqueville notó por primera vez, y no ninguna concepción abstracta y general. Estos parlamen-

tos constituían reductos cerrados de la nobleza (143).  
Más adelante insiste: "los revolucionarios decidieron -  
que la idea de división de poderes debía articularse de  
tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una -  
prevalencia política del estamento nobiliario, identifi-  
cado de hecho en su conciencia con los parlamentos judi-  
ciales, como de su condicionamiento sustancial por par-  
te de los jueces a las posibilidades de conformación re-  
volucionaria que se abrían al poder central una vez en-  
sus manos" (144).

La consecuencia de este planteamiento y de es-  
te punto de vista no será otra que la interpretación de-  
los planteamientos de Montesquieu como efectiva separa-  
ción de poderes del que surgirá un Ejecutivo "exento" del  
control de los demás poderes. Como el mismo García de En-  
terría señala, "era el ejecutivo, en efecto, el directo-  
beneficiario del sistema, al amplicar una exención del -  
mismo en relación a los otros dos poderes. Respecto al -  
poder judicial, esta exención se proclamó absoluta; ésta  
es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la se

---

(143) "Revolución francesa y administración contemporá-  
nea", Taurus, Madrid, 1972, págs. 41-42.

(144) Ibidem, pág. 48.

paración plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial" (145). La independencia respecto al legislativo comenzaba a plantearse al justificar el poder=reglamentario como consecuencia de la función de ejecu= ción de la ley.

Es en este marco en el que se desarrolla la fun= ción de policía y de mantenimiento del orden público y - tal vez sea en esta materia donde, por su progresiva i-- dentificación con la seguridad del Estado, en mayor medi= da ser perciben los riesgos de un Ejecutivo inmune. La - lucha contra las inmunidades del poder, en frase afortu= nada del propio García de Enterría, es la lucha por la - libertad del hombre concreto no desde el plano a veces u= tópico, a veces superficial, a veces meramente estético= de los programas políticos, sino desde el campo de la rea= lidad de la técnica jurídica enfrentada a problemas con= cretos.

De muchas y muy diferentes maneras se ha plan= teado la tensión legalidad-legitimidad, poder-libertad,=

---

(145) Ibidem, pág. 53.



vista aquí, en determinados momentos, como tensión administrado-Administración... y de modo mucho más patente que en el Derecho privado. En este el dogma y la ficción, de la igualdad ante la ley ocultan las auténticas tensiones que se producen entre lo ideológico-político y lo real. Las tensiones, los juegos de fuerzas aparecen ya en el mismo intento de definir la naturaleza de los actos dictados en materia de orden público. La tensión se ha planteado en este momento, a la hora de definir su carácter político o administrativo (146). La-

---

- (146) González Pérez no vacila en afirmar la naturaleza administrativa, "el acto dictado por el órgano administrativo en ejercicio de las potestades -- sancionadoras reconocidas en LOP, tienen carácter administrativo. Es, siguiendo la expresión -- de la Ley contencioso-administrativa (art. 1ª) -- un acto de la Administración pública sujeto al -- Derecho Administrativo". "Comentarios a la ley -- de Orden público", Publicaciones Abella, Madrid, 1971, pág. 214; en el mismo sentido se manifiesta en "Los recursos administrativos", 2ª ed. -- B.O.E. Madrid, págs. 428-429; igualmente Loren-

distinción es fundamental pues entronca ya directamente con la posibilidad de ejercitar o no un control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración en materia de policía. Afirmar la naturaleza política del acto equivaldría a decir que no cabe posibilidad de un control jurisdiccional de la Administración al actuar estas potestades, equivaldría a instaurar un estado perpetuo de indefensión del ciudadano.

La gravedad de este poder de la Administración queda acrecentada al contemplar como actúa en esta materia. En materia de orden público el Ejecutivo en base a un concepto jurídico indeterminado, variable y flexible que debe ser interpretado en cada momento, que desarrolla su papel justificando limitaciones a la libertad. Pensemos igualmente que las libertades son hipotecadas con frecuencia a través de lo que Loewenstein ha denominado "res--"

---

zo Martín Retortillo en "Las sanciones de Orden público en Derecho español" Madrid, Tecnos 1972 págs. 342--344, por más que toda la obra está consagrada a este problema; García de Enterría en "La lucha contra las inmunidades del poder", Cuadernos Civitas, Rev. de Occidente, Madrid 1974... La relación sería indeterminable, tanto de autores españoles como extranjeros. El carácter administrativo de estos actos es hoy doctrina comúnmente admitida.

tricciones legales a la libertad" -reconocimiento de la libertad, a nivel constitucional formal pero... "dentro de los límites de las leyes"- lo que supone ya una limitación en cadena a su ejercicio... En el mismo sentido= se inscriben los privilegios administrativos tales como el de ejecutividad de oficio, en base a la presunción - de legalidad de los actos administrativos, el principio "solve et repete" que afecta exclusivamente al adminis- trado... privilegios todos ellos que manifiestan una mayor gravedad, por el riesgo acrecentado de indefensión, si no cabe posibilidad del recurso.

No ha sido la idea del acto político -pervi- vencia de la antigua "razón de estado"- el único elemen- to a través del cual se ha pretendido o se pretende e-# vitar el control judicial. Con la misma prete msión se= planteó la teoría de los actos discrecionales, o el ca- mino, menos sutil pero más directo de excepciones legis- lativas al control judicial del Ejecutivo. En muchos ca- sos estas excepciones han venido encuadradas no ya en - la ley sino en disposiciones de rango inferior ya direc- tamente, ya valiéndose de una legislación farragosa y - obscura que permitía este tipo de actuaciones a través= de disposiciones interpretativas o aclaratorias -----

(147) por medio de las cuales la Administración corrige determinadas interpretaciones jurisprudenciales poco favorables a sus intereses o fuerza una determinada interpretación de la ley.

Son las limitaciones administrativas al ejercicio de la libertad, su justificación, límites y control, el tema fundamental que aquella plantea en materia de orden público. Estas limitaciones al ejercicio de la libertad se plantean de modo diferente a como se encuentran en Derecho privado. En éste la limitación aparece preponderantemente a través del juego de los intereses reales en litigio, juego que queda garantizado a partir del principio de igualdad ante la ley, igualdad que ope-

---

(147) Sobre el sentido y el recelo en torno a estas disposiciones ver Villar Palasi "El mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias", Publicaciones del C.F. y P.F., Madrid, 1965. Sobre el tema de las circulares: Baena del Alcázar: "Instrucciones y Circulares como fuentes del Derecho Administrativo" R.A.P. nº 48 (1965) págs. 107 y sigs. Boquera Oliver, "la publicación de disposiciones generales". R.A.P. nº 31 (1960) págs. 72 y sigs.

ra en el plano ideológico, que se plasma en fórmulas - constitucionales y legales pero que la realidad muestra inexistente. A pesar de las múltiples correcciones que - desde la propia ley se establecen al abuso posible de una de las partes, la libertad, la libertad de todos queda limitada por la voluntad del más fuerte. En el Derecho público las limitaciones aparecen a través de fórmulas vagas e imprecisas, a través de conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación y desarrollo se atribuye a la Administración; a través de los privilegios e inmunidades del poder, sus titulares limitan y coartan su ejercicio amparados en la fuerza y el carisma de dicha titularidad. Y no es preciso caer en las utopías de la libertad absoluta. La libertad es su ejercicio y éste se limita en la concurrencia con otros ejercicios de la libertad y en el choque con la propia realidad social. La libertad es su ejercicio, el resto meras consideraciones teóricas, palabras sin contenido. El problema, y este es el punto de partida, no es tanto la existencia de límites a la libertad cuanto el control de las limitaciones impuestas.

En este sentido calificar el ejercicio de estas potestades de la Administración como un acto político no dice tanto el objeto, la materia sobre la que re-

cae dicha actuación cuanto su corolario tradicional: -- que dicha materia, al calificarse como regulada por el Derecho político, no quedará sometido a la fiscalización de los tribunales. Al margen incluso de la polémica de la existencia o inexistencia de la función política residenciada en el Ejecutivo, sería esconder la cabeza bajo el ala el no tomar conciencia del crecimiento que este ha experimentado y de sus intentos, solapados o no, por justificar zonas exentas al control de su hacer en base a la "eficacia".

Estas y otras cuestiones son las que aquí nos vamos a plantear y a las que aquí tratamos de dar respuesta.

#### 1.1.- Evolución histórica de la función de policía

Aunque el término "orden público" no llega a aparecer y afirmarse como tal hasta finales del siglo -- XVIII (148), la formulación del concepto de policía es -

---

(148) Con anterioridad se habla de "ordre et provision au fait public du pays" (edictos franceses del s. -- XV), "pax Domini regis", aún hoy conservada en la-

conocida desde mucho antes, aunque su perfil técnico --  
-la policía como una técnica concreta del hacer adminis-  
trativo- tarda en configurarse. Si aquí tratamos dicha-  
función, residenciada en el Ejecutivo, es porque tradi-  
cionalmente también el orden público se configura como=  
su objeto primordial.

La evolución del concepto de orden público, des-  
de su tutela por el Ejecutivo, es la historia de todas -  
las transformaciones que se operan en torno al Estado. -  
En la misma medida, la evolución de los aspectos refe---  
rentes al ejercicio y control del Ejecutivo van a inci==  
dir directamente en el entendimiento del concepto, de ma-  
nera que casi podemos afirmar que la evolución de la idea  
de policía es la evolución misma del Ejecutivo y del Es==  
tado.

---

fórmula británica de la "Queen's peace", fiel tra-  
sunto de una concepción patrimonialista del Estado...  
"public good" (Locke), "tranquillitas civitatis" ---  
(Sto. Tomas)... Las paráfrasis y metáforas que desig-  
nan esta realidad se encuentran siempre en torno a==  
conceptos como interés general, bien común... concep-  
tos que legitiman la actividad de policía al tiempo=  
que fijan su campo de acción.

1.1.1.- La función de policía como totalidad -  
de la actividad estatal.

Moncada Lorenzo (149) ha señalado cómo

- 
- (149) Moncada Lorenzo, "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa" RAP, nº 28 (1959), págs. 67-94. Entre otros tratan históricamente el tema: - Delamaire "Traité de la police", Paris, 1725; Garri do Falla "Los medios de policía y la teoría de las= sanciones administrativas" RAP, nº 28, 1959 pág. 11 y sigs.; de mismo autor, "Las transformaciones del= concepto jurídico de policía administrativa" RAP, - nº 11; Mauriou "Principes de Droit Public..." Re-== cueil Sirey, 2ª ed. París 1916; Merkl "Teoría Gene- ral del Derecho Administrativo" Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1933, págs. 315 y sigs. Ranelletti, "Polizia di sicurezza" en "Primo trattato di Diritto Administrativo" de Orlando, Milano, 1904, t. IV, - págs. 207-1253; RODI, "Polizia di sicurezza" Mila- no, 1953; Royo Villanova, "elementos de Derecho Ad- ministrativo", 21 ed. Valladolid, 1948 págs. 339-== 340; Carl Schmitt, "La dictadura", Rev. de Occiden- te, Madrid 1968; Van Der Elst, "Les lois de police= et de surêté", Paris-Bruselas, 1956 pág. 106; Velas



cada tipo histórico de Estado lleva consigo un determinado sentido de la función de policía (150).

El concepto se presenta en Francia a mediados del siglo XIV, bajo el término de "police". Se entiende como sinónimo de buen orden, prosperidad y seguridad pública. Se recibe en Alemania en el s. XV pero su sentido ha variado ya del mismo modo que varía el término. De la "police" pasamos a la fórmula del "ius politiae" asignado al Príncipe. De la identificación de la "police" con el buen orden y la tranquilidad, pasamos a identificar el "ius politiae" con el mismo poder y con la misma actividad estatal -"politia" o "politeia" en el sentido etimológico, sentido recogido incluso en la terminología del momento =

---

co Calvo, "Resumen de Derecho administrativo y Ciencia de la Administración", 2ª ed. Barcelona 1930, t. II, págs. 156-160; Virga, "La potestà di polixia", Milán 1954; Villar Palasí "Poder de policía y precio justo, El problema de la tasa de mercado" RAP, nº 164 1955, págs. 11-83; Von Mohl "die Polizei wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates" Tübingen, 1832-1833; Werner "Public plicy. A comparative Study in English adn French Law" London, Atlone Press, 1953, págs. 130 y sigs.

150) Moncada Lorenzo, O.c. pág. 67

(151). Pasar a identificar y significar el "ius politiae"

---

(151) Villar Palasí, referente a España aporta el siguiente texto de Alonso Madrigal (O.c., pág. 23) "Cum == ipsi sunt naturaliter multi haec autem coordinatio, politia sive politeia nuncupatur, lex autem est quidam ius constitutus superveniens civitati iam condita, consistente politia". El término es utilizado - En España, como señala Villar, Antes que en el resto de Europa o, al menos, no es desconocido en el - siglo XV como prueba el texto de Madrigal, si bien no se utilizará técnicamente hasta el s. XVIII con la introducción de la obra de los cameralistas alemanes y de modo muy fundamental la recepción de la obra de Justi traducida por Puig y Celabert. Villar señala (O.c., pág. 25) que la evolución del concepto en España se produce bajo las técnicas del Derecho romano "Así y frente a la "turbatio iurisdictionis Regiae" se alza, no el "ius politiae", sino la "suprema potestas economica et politica", estructurando la teoría de la "communicatio pro iustitiae administratione", partiendo del principio "omnis == iurisdiction plenaria originaliter in Principe radicata est". Más adelante, x. XVIII, como ha señalado

por el ejercicio del poder se presenta como el paso lógi

---

Moncada, la policía va a significar dos cosas: a) sinónimo de buen orden, bienestar de la nación que se consigue a través de la actividad real; b) una rama del Gobierno (Justicia, Policía, Guerra, Hacienda) que tiene como finalidad "el mayor aumento y utilidad de estos mis Reynos y vasallos". El término "orden público" comienza a utilizarse en el art. 170 de la Constitución de 1812, enmarcando su tutela entre los poderes del Rey, siguiendo la tradición nunca rota de concebir el Orden público como objeto de la función de policía encomendada al Ejecutivo. Aunque el concepto sufre una radical evolución, su asignación al Ejecutivo es siempre, también en España, su nota más característida.

Para una mayor información puede consultarse la bibliografía ya reseñada. También Jordana de Pozas "Los cultivadores españoles de la ciencia de la Policía, Rev. de Estudios de la vida Local, Madrid 1944. y Sánchez Agesta "El concepto de Estado en el pensamiento español del X. XVI" Instituto de Estudios políticos, Madrid --- 1959. Sobre la "suprema potestas" y sus formulaciones eclesiásticas, entre otros, C. Schmitt, "La dictadura" págs. 75-78.

co. La función de policía, como derecho del Príncipe engloba no solo a la Administración, sino también legislación y jurisdicción.

La ampliación del concepto surge encaminada a justificar el proceso de concentración de poderes en el marco-político de las luchas entre el Príncipe y los señores y entre el Príncipe y el Papado. El "ius politiae" pasa así a configurarse en los orígenes del Estado moderno por un lado como arbitrio de recuperación por el Príncipe de todos los poderes dispersos en los señores y de otro, en los países de la Reforma, para recabar para el Príncipe en base al "ius reformandi" y al principio "cuius regio, eius religio" las facultades y poderes que anteriormente pertenecían a la Iglesia o al poder moderador del Imperio (152). En estas circunstancias el "ius politiae" es invocado como elemento legitimador para reclamar competencias y poderes dispersos y justificar un poder ejercido de modo absoluto. El "ius politiae" hace referencia a esa totalidad del poder encaminado a producir y mantener el buen orden, la felicidad y la tranquilidad. la "tranquillitas, pax et quies" de los "Arcana" de Arnold Clapmar, ampliación de la vieja "tranquillitas civitatis" de Sto. Tomas.

---

(152) Villar Palasí, O.c., pág. 23.

Las formulaciones teóricas en torno a la fun  
ción de policía-¿paradójicamente?- van a evolucionar -  
desde ese concepto amplio de la totalidad de la activi  
dad estatal despojándose, poco a poco, de determinadas  
competencias. Esta evolución tendrá como punto central  
las formulaciones del Estado liberal que, en esta evo-  
lución, señala el antes y el después. En los plantea-  
mientos anteriores al Estado liberal, aquel concepto am-  
plio irá perdiendo determinados contenidos hasta quedar  
reducido al papel de mera policía de seguridad, mera --  
tutela de la tranquilidad y seguridad de la calle. El --  
crecimiento que después va a experimentar el Ejecutivo--  
-crecimiento en extensión y crecimiento en la intensidad  
de sus actividades tradicionales (153) dará lugar a una=

---

(153) Gonzalez Pérez ha observado en este sentido que -  
"el fenómeno del crecimiento de la actividad admi-  
nistrativa se ha producido no solo en el sentido=  
de aumentar el ámbito de la realidad social obje-  
to de la misma sino en el de intensificar los gra  
dos de intervención en proporciones tales que el=  
Derecho administrativo clásico no podría concebir  
"Administración pública y libertad" Instituto de=  
investigaciones jurídicas, Mexico 1971, pág. 21,=  
Cesar Enrique Romero calificará este crecimiento=  
de elefántiaco en "El poder ejecutivo en la reali-  
dad política contemporánea" REP, nº 131 (1963), -  
p'g. 49 y sigs.

nueva, pero diferente, ampliación del concepto de orden público entendido éste como interés público y entendido el Ejecutivo como gestor de las actividades que revisten dicho carácter.

De la idea de policía como poder concentrado en el Príncipe van a irse desgajando determinadas actividades. En un primer momento se escinde la justicia,= al tiempo que como defensa frente a la escisión se formula en Alemania la máxima "In polizeisachen gilt keine apellation", no cabe ejercer acción entre los jueces -- frente a la actuación del Príncipe. Más adelante se diferencia la policía de la acción de fomento por influencias de Puffendorf, para quien el logro de la felicidad --que legitima en la etapa anterior el ejercicio del poder absoluto del Príncipe-- es tarea individual. Al tiempo se comienza a insistir en la fuerza, la coacción, como elemento caracterizador de la función de policía, pero la coacción solo debe servir para apartar de peligros no para hacer más feliz al hombre. Con el tiempo y frente a la idea de la fuerza podrá la idea del apartamiento de peligros como elemento caracterizador del concepto de policía. Este apartamiento de peligros no se identifica estrictamente con la seguridad pública. También se incluye la actividad frente a calamidades, en materia de salubridad... En la ciencia alemana va a surgir, en esta línea, una distinción entre Sicherheitspolizei (policía de seguridad) y Wohlfahrtspolizei (policia de --- prosperidad).

En un paso más hacia la decantación del concepto se separa de la policía la Administración militar, administración financiera, asuntos exteriores... La policía, en este momento, se configura en torno a la Administración que, en la ciencia alemana, se denomina "interna".

El Ejecutivo ha ido configurándose a lo largo de todos estos siglos con un carácter residual -cúmulo- de facultades que permanecen en el Príncipe a medida -que otras se van escindiendo y se van objetivando determinadas funciones en una progresiva pérdida de protagonismo del Príncipe en torno al cual se ha definido el poder y la soberanía (154). La evolución del concepto es -

---

(154) Cfr. Sanchez Agesta "Principios de Teoría política", 4ª ed. Ed. Nacional, Madrid 1972, págs. 443- y sigs...sobre la evolución del concepto de soberanía. En este sentido el concepto de policía identificado en un primer momento con la propia comunidad marcha ligado a todas las transformaciones del concepto de soberanía.

de esta manera paralela al asentamiento y definición - de las distintas funciones y a la creación de órganos= específicos lejos ya de aquella concentración absolu= tista de los primeros momentos. Moncada (155) siguiendo en esto a Domat en su "Doir public" apunta que a fi= nales del s. XVIII y en Alemania el concepto de policía hace referencia únicamente a la relación directa entre subditos y Príncipe, se limita al campo de la Adminis= tración con ciertas ingerencias Legislativas (Ordenan= zas de policía) y se va configurando una técnica más - precisa de limitación de la libertad. El concepto de - Lotz puede valer, por vía de ejemplo, como síntoma de= esta directriz, si bien es tan impreciso, como la pro= pia función que trata de definir: "por policía dice --- Lotz, es imposible comprender otra cosa que la acti= dad directa y propia del Gobierno del Estado para el - cumplimiento del fin del Estado en toda su extensión"= (156).

---

(155) Moncada, O.c., pág. 79

(156) Citado por García Oviedo "Tratado de Derecho ad= ministrativo", 6ª ed., Madrid 1935; t. I., pág.= 444.



1.1.2.- El Estado liberal: Orden público material  
y policía de seguridad.-

Las configuraciones liberales sobre el Estado -Estado-policía, Estado-gendarme- y su concepción -negativa de la libertad van a originar un nuevo concepto de policía. Como observa Sánchez Agesta ("este carácter negativo se traduce desde el punto de vista de la estructura del orden en la definición de una amplísima zona de libre juego de la actividad individual, que se define abstractamente como una posibilidad indeterminada que traza el límite de la actuación del Estado" --- (157). El fin del Estado, en este planteamiento, es conservar los derechos y la libertad que son anteriores a él, por ello "su razón de ser, la del Estado, es limitar su actividad para proteger y conservar esa libertad (158). Así la función de policía como guardiana del

---

(157) Sánchez Agesta, O.c., pág. 513.

(158) Sánchez Agesta Ibidem... En esta línea Claps --- Lienhart llegará a decir, "l'ordre public (interne ou international) intervient pour s'opposer,= aun nom de la Nation, a l'application d'un principe d'ordre naturel". "L'ordre public, essai"= Bosc Freres M. & L. Riou, Lyon 1934, pág. 157.

orden público, es una función de límite del ejercicio de la libertad de los particulares y este carácter-límite es el que, a partir de este momento, y de modo ya inequívoco, se apresta a definir, antes que ningún otro, dicha función y dicha finalidad. Junto a este primer carácter, se trata, a partir de este momento, de poner límite a la discrecionalidad que rodea el ejercicio de la función de policía. La igualdad y la seguridad jurídica exigen como postulado que la acción de policía se encuentre definida y delimitada por la ley. No cabe adoptar medidas limitativas para la libertad, si no existe una autorización legal previa. Esta autorización legal previa y el actuar conforme al procedimiento establecido se justifican -"Riotact", "Los -- Martiale"... Como garantía de los derechos y libertades individuales, al tiempo que contiene un elemento de exoneración del agente de la fuerza. Con el tiempo primará este segundo aspecto sobre el primero. Así, la policía junto a su configuración finalista de mantenimiento del orden público va perfilándose también como una técnica jurídica de intervención.

Este es el sentido primitivo que tiene el art. 10 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "Nul ne doit étre inquiété pour ses opinions, meme religieuses, pourvu que leur manifesta--

tion ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

Las constituciones posteriores (159) van a insistir en esa doble exigencia señalada anteriormente: asignación de su tutela al Ejecutivo (160) y sometimiento a la ley. Así la Constitución francesa de 3-IX-1791, en sus disposiciones fundamentales, dice: "La liberté ne consiste pas qu'a pourvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni á la sureté publique. La loi

---

(159) Cfer. La introducción al segundo capítulo de este mismo título III.

(160) Es significativo en este sentido la terminología utilizada en Inglaterra, utilizada ya anteriormente cuando habla de la "paz del Rey", como -- bien quebrado por las alteraciones de orden público, aunque, en derecho estatutario existe -- terminología diversa. Estas expresiones tal vez sean únicamente síntoma del carácter mágico o -- sacro del que se rodea a la persona del Rey o un simple residuo histórico de la concepción patrimonial del Estado. No es solo que se asigne su tutela al Rey, es que la misma turbación del orden es perturbación del Rey, sagrado e inviolable.

peut établir des peines contre les actes qui, attag--  
nan ou la sureté publique ou les droit d'autrui seraient  
nuisibles a la société". En el tit. III, cap. IV, art.=  
1º de la misma Constitución se señala que "le Roi est -  
le chef supreme de l'administration générale du royaume:  
le coin de veiller au maintien de l'ordre et de la tran  
quillité publique lui est confié...". El art. 9 de la -  
constitución de 24 de junio de 1793 todavía tiene un plan  
teamiento más claro en este sentido: "la loi doit prote  
ger la liberté publique et individuelle contre l'oppre  
ssion de ceux qui gouvernent".

En el Derecho español se recibe esta idea en  
el art. 170 de la Constitución de Cádiz: "La potestad -  
de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el  
Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a  
la conservación del Orden público en lo anterior y a la  
seguridad del Estado en lo exterior conforme a la Cons  
titucion y a las leyes". La Ley se legitima por sabia y  
justa y por responder a la voluntad general, su fin es  
la defensa de la libertad civil, la propiedad y demás=  
derechos legítimos de todos los individuos que la com  
ponen (art. 4). El objeto del Gobierno es la felicidad

de la Nación (Art. 13) (161).

El concepto de orden público en su progresiva pérdida de contenidos va a ir localizándose en torno a la mera "materialidad de la ausencia de desórdenes. La ley, que es garantía de la libertad y marco del ejercicio del poder, establece el orden que debe ser respetado, al margen de los contenidos de justicia o injusticia, como una exigencia del "imperium" que lo establece. Tal vez no exista texto más explícito sobre este modo de en-

---

(161) Aparece, sin ninguna oscuridad todo el transfondo liberal e, incluso, viejas ideas de los ilustrados. La ley se legitima por sabia y justa -adopción de criterios privados e indeterminados de legitimación, curiosamente reaparece la felicidad - como fuente de legitimación- y por refrendar derechos legítimos, individuales, que como tales son anteriores al Estado. La actuación de éste -el sentido del término gobierno del art. 13 se refiere a la totalidad de la actividad estatal se legitima en el logro de la felicidad de la Nación" y el "bienestar de los ciudadanos que la componen", "Fin de toda sociedad política" (art. 13).

tender el orden y la ley que el que nos ofrece el preámbu-  
lo de la R.O. de 17 de octubre de 1865 sobre inteligencia  
y aplicación de la ley de 17 de abril de 1821 (162) "el -  
Gobierno de ese S.M. no puede mostrarse indiferente a nin-  
guna alteración del orden público, ni aún cuando se invo-  
quen como causa vejámenes que, viniendo de la ley, al le-  
gislator solamente incumbe remediar. Está dispuesto, por  
el contrario y firmemente decidido a sostener todo trance  
el principio de autoridad y el respeto debido a las leyes  
sin dejarse dominar por ningún género de exigencias ni --  
consentir la impunidad de criminales trastornos". No es -  
ya solo que la ley sea la garantía del orden sino algo más:  
lo es, incluso aunque sea injusta. El orden se contempla=  
desde la autoridad que lo conserva o impone. La defensa -  
de la igualdad y de la seguridad jurídica que justifican=  
su imperio puede comenzar a hacer agua cuando la defensa=  
de la ley es por ella misma -como manifestación del "impe-

---

(162) La ley de 17-IV-1821 se enuncia como "ley para el=  
breve sustanciación de las causas y pronto castigo  
de los delitos contra la seguridad del Estado".

rium"- y por el orden mismo (163).

El concepto de orden público ha evolucionado=

---

(163) En esta línea se mueve Gumersindo De Azcárate cuando señala que "ha sucedido en el concepto de orden público lo mismo que con otros no menos claros y evidentes; es, a saber, que por virtud de una serie de prejuicios que han sabido utilizar el interés, el miedo y el egoismo, ha llegado a corromperse y mutilarse hasta el punto de ver tan solo en él una parte, la que se refiere a lo más exterior y tangible. Así, por lo general, se atiende exclusivamente al orden que significa paz y tranquilidad, obediencia, disciplina y se olvia aquel otro que significa ley, regla, relación de vida, disposición de las cosas según la cual cada una está en su sitio y lugar; de donde resulta con relación a la vida jurídica y política de los pueblos, el olvido de una cosa muy importante, cuál es la de que el orden material es expresión del orden legal, y que de éste es fundamento, y por tanto también de aquel, el orden de derecho", "el régimen parlamentario en la práctica", 2ª ed. Madrid 1892, pág. 201.

igualmente a lo largo de todo este camino. El orden público resulta de dicho sometimiento a la ley y al carácter no intervencionista del Estado. El orden público continúa jugando su papel legitimador de defensa indeterminada de la sociedad establecida presentando en cada momento los valores determinantes de la ideología dominante, - en este sentido cuando decimos que el orden público evoluciona significamos, en línea con la tesis mantenida a lo largo del presente trabajo, que la región jurídica de un determinado sistema social experimente y recibe en sí las transformaciones operadas en otras regiones. El orden público sigue garantizando a nivel jurídico, esto es apoyándose en la fuerza del Derecho, la coherencia resultante de la ideología dominante. Es así como en la presente etapa el libre juego de la libertad -natural- fija el orden. El Estado solo interviene para restaurar el orden prefijado en las valoraciones ideológicas a cuyo servicio queda instrumentalizado. Su actuación viene exigida únicamente por la necesidad de reacción frente al desorden. Es la ley y la voluntad de su intérprete quien fija el juego. - La ley garantía del orden, se justifica a) por su carácter igualitario -todos son iguales ante la ley-; b) por la defensa de la seguridad jurídica -saber a qué atenerse: solo la ley puede establecer limitaciones a la libertad omnipotente-; c) por el abstencionismo estatal: solo es natural lo individual y el Estado se legitima en la vigilancia y policía de las actividades individuales. Así la función de policía se va centrando en la mera policía de seguri-



dad: su objeto la paz, la tranquilidad de la calle -lo - "público" como sinónimo de "lugar" público- y, la defensa de la libertad y la propiedad.

El orden público material defendido, con influencia, desde las propias prerrogativas del poder (164), --- plantea, tal vez por esta razón, al menos en gran número= de casos, más problemas que los que resuelve. Se trata de una mera defensa de lo ya establecido aunque tampoco podemos olvidar las palabras de M. Hauriou "Las populations - obéissent aux reglements de la police sans être satisfaites au point de vue de la justice, aniquement par peur de la contrainte et de la répression au uniquement parce que= la paix materielle qui permet l'exercice pratique de certaines libertés, et déjà par elle-meme un bienfait" (165)

---

(164) En este sentido se manifiesta Burdeau: "Les inté---rets les habitudes, les r presentations inhibitri==ces procurent a l'ordre une assise qui n'est eviden<sup>u</sup>tement pas negligeeable mais qui ne serait pas si so<sup>u</sup>lide si le Pouvoir ne l'assurait du poids de las ==prerrogatives". Traité de Science Politique, 2<sup>a</sup> ed. T.III; LGDJ (Paris, 1968), pág. 4.

(165) M. Hauriou "Principes de Doir Public", 2<sup>a</sup> ed. Paris 1916, pág. 45.

Aunque esto es incuestionable, no es más que el punto de partida.

A partir de aquí, en sucesivas etapas y de modo muy fundamental en los planteamientos del Siglo XX la función de policía y su objeto, el orden público, irán creciendo en extensión e intensidad. La evolución del estado capitalista, con la espoleta de la aparición del movimiento obrero organizado va a tratar de defenderse y de mantener sus postulados y su interna coherencia de muy variadas maneras. Por un lado con el reconocimiento de determinados derechos al proletariado, de otro corrigiendo y atemperando todos los radicalismos a que dió lugar los primeros planteamientos liberales. En el siglo XIX se hace presente en las luchas por la concesión de determinados derechos: asociación, sufragio, inicios de la legislación de trabajo, etc... antes que en defender el sistema limitando la libertad de los poderosos.

A lo largo del siglo XIX la función de policía va concretándose en torno a la idea de defensa de la libertad y la propiedad y el fundamento del poder es el fundamento de las limitaciones a la libertad y a la propiedad. La idea que surge en Francia es recogida también en España. Es significativo de esta postura el R.D. de 28 de marzo de 1844 por el que se crea el Cuerpo de la Guardia Civil. En su artículo 2 decía: "el objeto de es-

ta fuerza es proveer del buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y las propiedades dentro y fuera de las poblaciones" (166). El concepto sigue siendo exterior y material definido por la ausencia del desorden. Con el paso del tiempo comenzará a primar, como objeto de la policía de seguridad, la defensa de la seguridad del Estado. Baste señalar que este es el criterio que domina la ley de orden público de 1870 - y en toda la legislación de defensa del orden publico - que se establece en esta etapa.

La doctrina española de estos momentos se mueve en este ámbito de la caracterización material del orden público. Tal vez la explicación la podamos encontrar en dos razones. Una primera sería el talante liberal de estos hombres, destacadísimo en muchos de ellos. Una segunda es, en gran número de casos, el enfoque del problema desde una perspectiva administrativista meramente formal y no crítica. A todo ello se une un fenómeno jurídico-

---

(166) Idéntico criterio se mantiene en el R.D. de 23 de marzo de 1905 en el que las fuerzas de seguridad - del Estado tienen por fin mantener el orden público y garantizar la libertad, la propiedad y la seguridad individuales".

co-político. Frente a la actuación administrativa en materia de orden público no cabe recurso contencioso. El hecho en sí, al margen de la quiebra de la libertad por el riesgo evidente de indefensión, al no poder analizar el -fondo de la medida traduce un planteamiento meramente material, que se refuerza en su manifestación más radical: el orden público solo puede ser violado por los ciudadanos, nunca por el Ejecutivo.

El orden público es entendido así como el resultado mecánico de la aplicación del Derecho, como el resultado de la obediencia a las exigencias del poder establecido. Concertando ambos significados Royo Villanova, a la vez que se hace eco de la doctrina francesa en que la policía tiene por objeto la seguridad, salubridad y propiedad, la define de la siguiente manera: "objetivamente, la actividad que desarrolla la Administración pública para el mantenimiento del orden público y subjetivamente la facultad soberana de la Administración ("facultas agendi") de limitar los derechos patrimoniales o de coordinarlos con el interés público (167). En la obra de Royo Villanova,

---

(167) Royo Villanova "Elementos de Derecho administrativo" 21 ed. Valladolid 1948 pág. 339.

como en la de Posada (168) se parte de una distinción ya planteada en la doctrina extranjera anterior, se distingue entre la Administración jurídica, cuyo fin es el mantenimiento del orden público, y administración social - encaminada a la creación del bienestar.

Santamaria de Paredes distingue entre orden jurídico y orden público, siendo este una manifestación de aquel y su consecuencia. Para Santamaría de Paredes el orden jurídico resulta del exacto cumplimiento del Derecho= por parte de todos, así autoridades como súbditos, mien= tras que el orden público consiste en "la tranquilidad en la que la población vive, entregada a sus ocupaciones habituales sin interrupción en ellas que las moleste ni peligros que amenacen indistintamente a sus individuos (169). Este es el sentido y el tono tradicional utilizado por la práctica totalidad de los autores de este momento del que los citados son un claro exponente. Para la doctrina española del momento el orden público es la situación de tranquilidad que resulta del cumplimiento de la ley. El orden público no es nada más que la ausencia del desorden.

---

(168) Posada, "Tratado de derecho administrativo", 2ª ed. Madrid, pág. 294.

(169) Citado por Royo Villanova, O.c., pág. 339.

En este contexto se van a acentuar las palabras de Azcárate a partir de una observación obvia, pero no tenida en cuenta hasta ahora -basta recordar a nivel legislativo, el preámbulo del anteriormente citada R.O. de 17 de octubre de 1865- que el orden público puede ser violado - por los titulares del poder y no solo por sus destinatarios y que el "orden material es expresión del orden legal y que de este es fundamento, y por tanto también de - aquel el orden de Derecho" (170). Más adelante precisa el alcance de esta afirmación: "para que reine el orden en - un pueblo no basta que haya paz y que la ley sea respetada, esto es, que sean una verdad el orden material y el - orden legal; es preciso además, que este último sea manifestación de la justicia, expresión del orden del Derecho. Por eso no lo hay en realidad de verdad, por ejemplo, allí donde está consagrada la esclavitud, ni en un país - que ha perdido su independencia y que está sometido al extranjero. Y por eso toda la historia jurídica y política - de la humanidad no es otra cosa que una lucha tenaz y porfiada sostenida con este lema: "pro iure contra legem" --- (171).

---

(170) Gumersindo de Azcárate, O.c., pág. 201

(171) Ibidem, págs. 207-208.

En la misma línea apuntará más tarde García O viedo, aún partiendo también de una consideración material. Define el orden publico como aquel estado de normalidad que resulta del cumplimiento de las leyes del acatamiento y obediencia de los ciudadanos a la autoridad legítima" (172). El concepto, como en Azcárate, tiene dos claros componentes, por un lado la presentación material del orden público entendido como ausencia del desorden,= por otro la legitimación de la "obediencia y acatamiento" en que se basa, a través de la legitimidad de la autoridad que lo impone.

Paso a paso el concepto se ha abierto y se irá abriendo a nuevos planteamientos y a dimensiones mucho más amplias, en la misma medida en que el sistema social se hace más complejo y por tanto también su defensa. -- Con anterioridad se ha producido la ampliación del con-- cepto englobando en él la salubridad pública. Más adelante irán admitiéndose como contenido de la policía administrativa nuevos y numerosos contenidos.

---

(172) García Oviedo (Derecho administrativo), 7ª ed. -- 1959 por E. Martínez Useros, t. II, pág. 517.

### 1.1.3.- El Estado intervencionista y las policías especiales.

#### 1.1.3.1.- Aparición de las policías especiales:

La ampliación de contenidos viene a caballo de diversos planteamientos que comienzan ya a ser --  
tenidos en cuenta en la etapa anterior a través de las --  
correcciones teóricas, teóricas y prácticas, al liberalis--  
mo abstencionista. El cambio de actitudes políticas, de --  
modo fundamental los planteamientos revisionistas del abs--  
tencionismo, tiene entrada por una racionamiento simple.=  
La policía de seguridad se justifica porque limitando la--  
libertad y garantizando el orden tutela el interés públi--  
co. La ampliación del concepto de policía que se introdu--  
ce a través de numerosas técnicas, tiene entrada en una --  
más amplia concepción de lo público y de los intereses --  
que se califican como tales. (173). Las explicaciones, --  
según los tipos ideológicos de sus autores, son diferen--  
tes. Basten como ejemplo las siguientes. Para Garrido Fa--  
lla lo que se ha producido es una mera ampliación de los--  
fines clásicos del Estado y en este sentido lo que se en--  
tiende por orden público depende en cada momento de las -

---

(173) En este sentido Moncada Lorenzo, O.c., pág. 84.



concepciones dominicales sobre los fines del Estado (174). González Pérez, "viejo liberal" en frase de Alcalá Zamora (175), se asienta en el concepto material de orden público como concepto en sentido estricto, criterio que no le es exclusivo sino que de él participan otros autores. Afirma que "no es que se haya ampliado la noción de orden público. Es que al lado de ésta han aparecido otras causas legitimadoras de la intervención administrativa en la esfera de la libertad individual" (176). Siguiendo el hilo de estas posturas lo que ha ocurrido es simple, al hacerse más compleja la realidad social, el mantenimiento del orden es igualmente más complejo. El concepto de orden público sigue siendo el mismo: la defensa del orden material, y la ausencia de desórdenes (177).

---

(174) Garrido Falla, "Tratado de Derecho administrativo" título II, 3ª ed. Madrid, 1966, págs. 145-147.

(175) Del prólogo a "Administración y libertad"

(176) González Pérez, "Administración y libertad", pág. 21.

(177) De todas maneras el origen histórico del moderno concepto de policía, arrancando de la policía de seguridad, formulada en el primer balbuceo del Estado liberal, no se va a ocultar. Curiosamente el concepto simple, el del hombre de la calle identifica la tutela con el orden material resultado de la repre-

Paul Bernard expone así el nuevo planteamiento= de la noción: "de una parte, en nombre del orden público,

---

sión: el orden y tranquilidad de la calle, e incluso no se refiere tanto a la función, en cuanto tal, sino a las agencias y agentes especializados en la tutela de dicho orden.

Guaita al referirse al problema terminológico rechaza en primer lugar el concepto de policía por su amplitud; la denominación de Administración social - por su equivocismo; el término de Administración interna - surgida en la doctrina alemana del s. XVIII - porque prácticamente toda la administración lo es. Se inclina por hablar de Administración de Fomento o administración general ("Derecho administrativo general" Reimpresión, Zaragoza 1965, t. II, págs. 15-16). El término, sin embargo, es igualmente criticable si pensamos que el fomento designa, técnicamente, un modo de actuación de la administración pública diferenciado de la Policía y del Servicio público. Michelle de la Torre y tal vez con él Moncada Lorenzo, parece preferir hablar de una "Función de control", referida a las policías especiales, al lado de la función= de policía que incluiría solo a la de seguridad, Ga-

es posible anular e impedir todo aquello que va contra este orden. Por otro lado, para asegurar la eficacia de esta protección y de esta defensa, el orden público es -

---

ruido Falla defiende el "mantenimiento del concepto de policía", tal vez más por un respeto a la tradición -- que por admitir un concepto unitario entre los dos tipos de policías; así señala que las técnicas son diferentes, en lo que concuerda con los anteriores. La designación bajo un mismo término "el hecho de que se -- conservase el mismo nombre de policía para hacer referencia a este intervencionismo en concreto, nos está -- demostrando que la ampliación por materias que se produjo no hizo pensar a nadie en que estaban apareciendo formas jurídicas independientes que hubieran de ser tratadas con autonomía sistemática" ("Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa" - págs. 11-17). Aunque mantiene el nombre, propugna técnicas específicas. En este sentido y siguiendo con la corriente dominante mantengo el término, aún reconociendo la diversidad técnica de ambos tipos de policías.

una fuente de poderes en provecho de la Administración, - que se ve dotada de medios que le permiten -impidiendo == las perturbaciones al orden público- realizar este orden= tomando las medidas necesarias. La noción de orden público= una especie de "cuña" hundida en el dominio de la liber== tad entraña una doble limitación de la autonomía de los - ciudadanos: una limitación estática por medio de medidas= de interdicción, de prohibición y una limitación dinámica a través de los poderes acordados a la Administración: Es ta noción compleja se analiza en la limitación de la li== bertad por la creación de un poder en provecho de las == autoridades administrativas. Pero estos dos elementos == tienen el mismo fin: el mantenimiento o el restablecimien to de un cierto orden. La unidad de estos dos aspectos == del orden público se sitúa pues en el objetivo perseguido.

Su papel puede ser considerado desde tres puntos de vista: el del ciudadano, el de la Administración activa y el del - juez. En efecto, la noción de orden público interviene pa- ra limitar las libertades de los ciudadanos, constituye un principio de acción para la Administración, juega un papel modificador en el plano contencioso" (178).

---

(178) Paul Bernard, "La notion d'ordre public en Droit ad ministratif" París 1962, págs. 79-80.

Planteado así, la policía se convirtió en una técnica concreta y precisa. En este momento la dificultad surge en torno a si la técnica administrativa de policía de seguridad puede ser adoptada por las policías especiales, y de este problema deriva el terminológico, esto es, si debemos seguir manteniendo un término -policía- que pudiera llegar a ser equívoco. Con el criterio mayoritario, lo mantenemos, si bien reconociendo que engloba dos tipos diferenciados de técnicas jurídicas. La policía intervencionista pretende dejar de ser una actividad confusa, de cumplimiento de fines también difusos, para calificarse ya como una técnica concreta y precisa de la Administración pública. Moncada Lorenzo parte de estas premisas en "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa". Las policías especiales (de montes, de minas, de aguas, de ferrocarriles, de salubridad e higiene, de industria, de circulación...) tienen como fin presentar las exigencias del interés público en las actividades privadas. Las policías especiales se entienden como actividad administrativa de limitación y control de los administrados (179). Siguiendo a Michelle de la Torre hay una preferencia en hablar de una función de control, término que

---

(179) Moncada Lorenzo, O.c., págs. 59-60; 84; 117...

también utiliza en su concepto de policía. En última instancia el interés de Moncada es mostrar cómo el concepto técnico-jurídico que se deriva de la policía de seguridad es insuficiente para regular todos los aspectos a los que se refieren las policías especiales, y que la policía, como técnica administrativa específica se diferencia netamente del Fomento y del Servicio público (180).

---

(180) La actividad administrativa opera a través de un triple camino: Fomento, ayudando, colaborando con la iniciativa privada cuando esta es insuficiente; Policía, limitando y reglamentando la libertad; servicio público, actuando directamente, esto es gestionando dicha actividad.

Este planteamiento tecnicista es común a toda la doctrina. En España, entre otros, se han hecho eco Villar Palasí, en el artículo anteriormente citado y Garrido Falla. Así este dirá que "lo que caracteriza al Estado intervencionista de nuestros días es cabalmente esto, que la Administración está legitimada para limitar coactivamente las actividades de los particulares y no solamente por razones de orden público tal como este era concebido hace un siglo"; "Las transformaciones...", pág. 13.

Hay, sin embargo, una pretensión que se percibe a lo largo de toda la exposición de Moncada que incluso se plasma abiertamente en las conclusiones y que podría convertirse en la gran falacia de la técnica jurídica de la Administración, riesgo aún mayor si consciente o inconscientemente, la asociamos a las técnicas del Estado de Derecho. Me refiero a las conclusiones Quinta, Sexta y Séptima de su trabajo referidas al intento de dejar desprovista la acción de policía del contenido ideológico con que surge al relacionarla con el orden público en la anterior etapa liberal: "La idea de orden público que se inscribe históricamente en la policía como resultado a conseguir por ésta, en el periodo liberal, es insuficiente para explicar teleológicamente toda la intervención administrativa actual de la vida privada, y es impropia además, por su carácter metajurídico para definir dogmáticamente la institución. Desde el punto de vista teleológico, la policía pretende la consecución del interés público y a él tiende, con su técnica de control, como tienden también con sus peculiares procedimientos, el fomento y la gestión directa" (181), aunque él mismo con anterioridad ha dicho que "el elemento de finalidad que no caracteriza únicamente a la actividad de policía,

---

(181) Moncada Lorenzo, O.c., pág. 117.

no por ello deja de tener importancia" (182). Sin embargo en el concepto de policía que ofrece habla de "control administrativo para verificar su adecuación -de los intereses privados- al interés público" (183), o al bien común.(184 --De modo indudable hablar de interés público o bien común supone introducir elementos ideológicos -y en el mismo sentido contingentes- encaminados, de nuevo y como en la primera etapa analizada, a legitimar la actividad de control=administrativo, elementos que además, dado su carácter también indeterminado, son interpretados por la propia Admi=nistración, desde sus propias prerrogativas y poderes.

Es la administración quien interpreta cuándo una determinada acción es de interés público, e incluso, extremando la postura, podía llegarse a identificar todo acto de la Administración en materia de policía como acto de interés público por el simple hecho de ser un acto administrativo de un órgano que ha centralizado en sí la posibilidad de definir dicho interés. Por este camino la técnico jurídico-administrativa de control de la libertad podía convertirse= en factor de ocultación de intereses partidistas, de clase=

---

(182) Ibidem, pág. 104

(183) Ibidem, pág. 95

(184) Ibidem, pág. 105



o facción, no confesados al amparo de tecnicismo puramente formalistas, presentados como defensa de la seguridad, la igualdad y la libertad. El riesgo partidista no radica únicamente en la interpretación ideológica del concepto - de orden público, como pretende Moncada, sino en todas las interpretaciones de todos los conceptos jurídicos indeterminados. Y el interés público evidentemente lo es. La buena fe de los titulares del aparato administrativo no puede ser admitida como premisa previa, sino que debe ser constatada caso por caso. Ya se invoque el orden público o el interés público como finalidad a conseguir, la administración-policía desempeña una función de presencia de la ideología dominante, dando coherencia a los distintos intereses -en conflicto y, en esta medida, crea e impone, desde su posición de fuerza, un orden determinado al que es indiferente denominarlo orden público o interés público. Ni el hábito hace al monje ni la materialidad del nombre produce modificaciones en las estructuras ideológicas a las que responde la técnica jurídica y la voz de sus intérpretes. Como recuerda Martín Retortillo la pregunta de para quién sirve el Derecho y en servicio de quiénes se mantiene una regulación deben estar siempre presentes en el jurista (185).

---

(185) "El estudioso del Derecho debería tener siempre muy presentes interrogantes como esos de para quién sir-

De lo dicho anteriormente no puede derivarse una repulsa de la técnica jurídica. Sería absurdo. Se trata simplemente de mostrar las deficiencias, o al menos --las reticencias, que caracterizan todo intento exclusivamente formal. Como ha señalado García de Enterría, "todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte --para los administrativistas en un conjunto de técnicas --concretas y particulares" (186). De esta manera el rechazo no es del planteamiento, sino fundamentalmente de su unilateralidad.

#### 1.1.3.2.- Ampliación del concepto de orden público

El progresivo crecimiento de los poderes del Ejecutivo en extensión e intensidad y una mayor amplitud en el entendimiento del interés público, elemento le-

---

ve el Derecho y en servicio de quiénes se mantiene esa regulación?. Y, desde luego, creo que la adopción de este talante de curiosidad e interrogación es ineludible cuando Derecho represivo se trata "Las sanciones de orden público", pág. 203.

(186) García de Enterría "La lucha contra las inmunidades del poder" págs. 11-12.

gitimador de la actividad administrativa, han producido - un crecimiento de los elementos que se entienden, a nivel institucional y a nivel represivo, como de orden público- (187). Tal ampliación era impensable en la etapa anterior.

La función de policía se justifica así en la protección - del ejercicio de la libertad y en la satisfacción de las necesidades colectivas. También la insatisfacción engendra desorden.

Paul Bernard (188) ha estructurado del siguiente modo el contenido actual de la noción de orden público -- desde el Derecho administrativo (189):

---

(187) Guaita llega a exclamar que "esa concepción tan amplia del orden público (...) cubre prácticamente todo el ordenamiento jurídico. Lo hace casi sinónimo - de éste, convirtiéndolo por ello en un concepto de escasa utilidad. En este sentido el orden público - hace acto de presencia en todo el ordenamiento..." O.c. tomo II, pág. 32.

(188) Paul Bernard, O.c.

(189) El concepto administrativo se estructura, como hemos visto en torno a su calificación material. Es el sentido de toda la doctrina francesa y, a través de

- 1.- Ausencia de disturbios
- 2.- Seguridad pública en lo referente a prevención de accidentes y calamidades, tranquilidad pública en materias tales como vigilancias de ruidos... policía de circulación...
- 3.- Salubridad pública: higiene y sanidad

Estas tres nociones, la trilogía clásica del orden público material, se alargan en su contenido a otras más - resultando de las nuevas necesidades que van apareciendo - en el hombre moderno.

---

su influencia, de la española. Duez aún aclara más el concepto, "la policía administrativa no tiene por fin hacer reinar el orden moral en las conciencias, las ideas, los sentimientos. Lo que no significa que el desorden moral no deba ser tenido en consideración, pero solamente si se exterioriza por llevar o arriesgar llevar una causa de desorden material. Se dice público -- porque amenaza a la colectividad, al público, es decir a un número de intereses que queda indeterminado"; -- "Traité de Droit Administratif" Dalloz, París 1952; -- págs. 506-507.

- 4.- Orden estético: protección jurídica de la belleza y el arte, defensa del paisaje, del equilibrio ecológico...
- 5.- Orden moral. Bernard considerando el orden público como "el instrumento apropiado para garantizar la idea de Derecho" ve en el orden público moral el reflejo del clima social del momento. "El orden público no se limita a la ausencia de perturbaciones exteriores, materiales: la moralidad pública es la avanzada del orden público en el dominio de la moral. En alguna manera no la absorbe, pero la moral está íntimamente ligada con él. La noción de orden público es igualmente el instrumento que permite a la moral penetrar en el Derecho" (190). El orden moral hace referencia a la denominada policía de costumbres.
- 6.- Orden público económico, esto es, la defensa de la iniciativa privada, pero sometida a las limitaciones impuestas por el interés público. Se trata tanto de defender la libertad de mercado, cuanto de plantear el interés público en dicho

---

(190) P. Bernard, O.c., pág. 35.

mercado (191).

7.- Orden público político, entendido por Bernard como necesidad de la estabilidad política, -- con un doble aspecto:

a) Seguridad interior y exterior del Estado.

b) Funcionamiento de los servicios públicos

---

(191) El tema ha sido tratado con gran profusión en la doctrina francesa. Así Farjat "L'ordre public économique" París 1963 y "Aspects juridiques du capitalisme moderne" 2ª ed. LGDJ, París 1951; G. Ripert "L'ordre économique et la liberté contractuelle" Recueil Geny, 1934, t.II; R. Savatier "L'ordre publique économique" chronique au Dalloz hebdomadaire, 1965; Villey "Du rôle de l'état dans l'ordre économique" París 1882 Jose Antonio Doral "La noción de orden público en el Derecho civil español" págs. 58-65. El preámbulo de la ley de prácticas restrictivas de la competencia, - en España, de 20 de junio de 1963 se hace eco del término.

(192).

El planteamiento de Bernard puede ser discutido. Así, en unos casos, se afirma que el concepto se hace con fusos por su amplitud y, en consecuencia, se hace preciso = recortarlo a la estricta policía de seguridad del período = anterior (Guaita); en otros, caso de Moncada, porque la = técnica de limitación de la libertad no siempre actúa del = mismo modo y se hace necesario deslindar técnicas diferen = tes; otros, en cambio, alegan el contenido ideológico del = concepto de policía de seguridad que hace aconsejable u = na misma terminología... Las críticas, a pesar de su varie = dad, nunca hacen relación al problema de fondo: la presen = cia de la ideología dominante en el Ordenamiento. Por esta = razón, y al tiempo siguiendo una tradición que engloba am = bos aspectos -legitimación y técnica jurídica- mantenemos = el término si bien es cierto, y este matiz es fundamental =

---

(192) Bernard, O.c., pág. 70. El concepto de "servicio pú blico es entendido en un sentido amplio como "aque llos servicios y empresas indispensables para aseg urar la seguridad de las personas y de los bienes o o la continuidad de la acción gubernamental o más ge gneralmente la satisfacción de necesidades de la p población". P. Bernard, O.c., pág. 71-72.

que los problemas que plantean los distintos tipos de policía, desde el punto de vista de su control, son diversos, de la misma manera que no son homogéneos, en su estructura, los actos que la desarrollan. Ello es dificultad para que hagamos un especial hincapie en la policía de seguridad. Esta, como situación límite de la actuación administrativa, plantea con una mayor coherencia la función de concepto límite del orden público.

#### 1.2.- Concepto de policía administrativa:

El concepto se encuentra fuertemente influido por su misma historia. En su desarrollo inciden igualmente los distintos puntos de vista de todos los autores que afrontan el problema. Así no puede ser el mismo el concepto del s. XV que el del s. XX; ni puede ser el mismo el de aquellos que lo ciñen a la tutela de la seguridad de la calle o, en un planteamiento más amplio, a la defensa del orden político que el de quienes encuadran en la misma toda la actividad administrativa de defensa del interés público, limitando la iniciativa privada. Y entre estos no todos entienden de igual manera dicho interés; pero lo que en principio pudiera parecer que iba a engendrar una gran diversidad de planteamientos no es tal si exceptuamos los conceptos que llegan a elaborarse en la etapa=



en que se identifica la policía con la totalidad de la actividad estatal. El concepto, como actividad atribuida al Ejecutivo, no experimenta apenas cambios. El cambio se produce en la interpretación de su objeto a medida que la sociedad liberal amplía el campo del interés público por necesidades de su propia autodefensa. No se trata de una autodefensa y de una prevención del desorden reforzando el aparato represivo, sino de autodefenderse regulando de modo diferente el aparato institucional, en un intento coherente de aumentar las bases del "consenso". El intervencionismo de la libertad fijando "a priori" las condiciones de su ejercicio, algo impensable en la etapa abstencionista, se manifiesta así, en sus últimas justificaciones, como defensa del sistema liberal-capitalista. La evolución igualmente se va a experimentar en otros aspectos. A través de diversas técnicas como los conceptos jurídicos indeterminados, el acto discrecional y el acto político... se trata igualmente de crear zonas exentas al control sobre la actividad administrativa, pero el concepto sigue calificándose y definiéndose desde posiciones pretendidamente neutras. Se trata de dar un concepto jurídico de una actividad que anida en la entraña misma de la actividad política y de su contingencia. Es en este sentido en el que evoluciona el concepto de policía y el concepto de orden público y es, en este sentido, en el que ambos, actividad administrativa y justificación de dicho=

hacer, se presentan como defensa del sistema político y de su coherencia ideológica. Y es en estemismo sentido, como advertíamos anteriormente, en el que la conceptualización jurídica puede actuar, por su pretensión de neutralidad, como factor de ocultación de lo efectiva y realmente tutelado.

En esta línea de pensamiento es preciso realizar una nueva precisión a fin de dejar el concepto de policía en su real alcance: si la policía hace referencias a determinados modos de manifestar el hacer administrativo -junto a la actividad de fomento y de servicio público-, tan fundamental como garantizar dicho hacer es posibilitar los medios efectivos de control de dicha actividad que frecuentemente se manifiesta amparada en las prerogativas de la Administración.

No precisar dicha función administrativa en el campo real de su actividad -defensa del sistema que tutela- y en el campo de la efectividad de su control sería falsear y ocultar la realidad al posible servicio de los titulares del poder.

Los diversos conceptos que se han dado se mueven siempre, de una manera u otra, en torno a tres ideas fundamentales: a) que se trata de una actividad adminis-

trativa; b) que tiene por finalidad la limitación del ejercicio de la libertad individual; c) que esta limitación se legitima por la intervención de elementos tales como la defensa del interés público Moncada (193), Ranelletti, Garrido de Falla (194); el buen orden de la cosa pública ---

---

- (193) Para Moncada O.c., pág. 95 la policía se define como "la actividad administrativa de limitación, que subordina el ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones jurídicas a la intervención singular y transitoria en ellas de un elemento de control administrativo para verificar su adecuación a las exigencias del interés público".
- (194) Garrido Falla, siguiendo la estela de Ranelletti, nos ofrece diversas definiciones, en cuanto a las palabras, pero idénticas en cuanto a los puntos fundamentales que la caracterizarán. Así en "Los medios de policía...", pág. 12 dice que es "aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos". En otros escritos va a insistir en definir a la policía por la tutela de los fines de utilidad pública.

Otto Mayer (195); o la prevención de determinados o posibles daños que se deriven de la actividad privada (Fragola (196); o el planteamiento más tradicional de defensa del orden público (así Garrido, Royo Villanova (197).

---

(195) Policía es "La actividad del Estado con vistas a defender por los medios del poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden producirle". Citado por Garrido Falla en "Las transformaciones..." pág. 15.

(196) -Para Fragola la policía es entendida como la facultad de imponer limitaciones a la actividad y la libertad de los particulares, limitaciones dirigidas a prevenir los daños que provengan de la misma actividad de los particulares. "Manuale di Diritto amministrativo" Napoles 1948, Ed. Humus pág. 217.

(197) Cfer. pág. 232.

Junto a esta triple caracterización Garrido, Hauriou, Fleitner (198) y otros más, insisten en la posibilidad de utilización eventual de la coacción, esta queda legitimada en su auténtico carácter de "última ratio".

Es en torno a estas características y con los matices anteriormente señalados como podemos definir la función de policía. Con Ranelletti la entendemos como "aquella manera de actividad pública en el campo de la Administración interna que se realiza limitando o regulando la actividad de los particulares y eventualmente si fuere necesario por medio de la coacción, a fin de garantizar el todo social y sus partes contra daños que puedan provenir de la actividad humana!"

---

(198) "La actividad de la autoridad en el terreno de la Administración interna, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del Derecho y de la seguridad y del orden público". Citado por Garrido, "Las transformaciones..." pág. 15.

Este planteamiento unitario de la policía de seguridad y de las especiales no implica un desconocimiento, como venimos repitiendo, de las particularidades técnicas de ambas. Pero es preciso dejar bien sentado que en ambos casos la policía actúa limitando la libertad en base a una autorización legal. Las técnicas de aplicación son diversas y diversos son los problemas que plantea el ejercicio de la medida y, de modo muy fundamental su control, pero ello no obsta a un tratamiento unitario de las mismas desde un punto de vista "político".

Capítulo II: Orden público y policía de seguridad. Evolución de la legislación española (1812-1975).

Como hemos indicado la defensa del orden público es el centro neurálgico de los poderes del Ejecutivo= luego del triunfo de la Revolución francesa y la institucionalización del pensamiento liberal. La evolución del Estado liberal configurará esta función en un contexto == fuertemente ampliado. Del "laissez-faire, laissez passer" del Estado policía al Estado intervencionista y de los == postulados de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 en su título I: "Le pouvoir législatif ne pourra= faire aucunes lois que poutent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits consignés dans le present titre, et garantis par la Constitution" a la restricción == legal de las libertades... recorreremos toda la evolución - que experimenta la idea del orden público, si bien vamos= a ceñir el análisis a la evolución del objeto, técnicas y planteamientos ideológicos en torno a la policía de seguridad.

En un primer momento el orden público es protegido con un mínimo aparato policíaco organizado (199) a=

---

(199) El "Antiguo Régimen" carecía prácticamente de un aparato organizado de modo permanente. Así, se señala,



fin de garantizar que el ejercicio de la libertad indivi

---

que en tiempos de Felipe V el alguacil mayor de Madrid sólo disponía de cuarenta alguaciles, si bien esta deficiencia era suplida por la nobleza, entre cuyos miembros se reclutaban no sólo los regidores sino también los jurados a pesar de su carácter pretendidamente popular. A ello viene a unirse otro dato: la exclusividad del uso de armas por los caballeros: "por un efecto de mi Real confianza en la Nobleza, de que no abusará en ella en perjuicio de la causa pública, permito solamente a todos los caballeros, nobles hijosdalgo de estos mis Reynos y señoríos... el uso de las pistolas de arzón..." (Novísima Recopilación, Cap.I, 12,19,19). Como señala Domínguez Ortiz, "el papel de la nobleza como guardiana del orden público debía imponerse, entre otras razones, por la falta de una fuerza de policía bien organizada...", pero aún hay más "no existía la perfecta armonía entre los estados que afirman algunos "laudatores temporis acti". Existía, sobre todo en la Meseta y Levante, cierta oposición y rencor, que no llegó a cristalizar en movimientos de conjunto, porque las bases generales en que se asentaba la socie--

dual no dañe la libertad de otro ni la seguridad del Estado. Pero las propias contradicciones que lleva consigo el liberalismo; la posterior aparición, como grupo organizado, y el creciente protagonismo de las clases oprimidas que ya no se limitan a cuestionar, como en el Antiguo Régimen, problemas de abastecimientos o de malos minis--tros (200), sino el propio sistema de producción y de po-

---

dad eran aceptadas por todos; pero la nobleza sentía,= al menos en tiempos revueltos, un vago temor al pueblo y sus posibles excesos; consideraba al Rey como su apoyo natural y, a su vez, la realiza apartándose de las tradiciones del siglo anterior, se echó en brazos de la nobleza y confió en ella como conservadora del orden -- contra cualquier turbulencia"; "Las clases privilegiadas en la España de Antiguo Régimen", Ed. Istmo, Madrid, 1973 págs. 121-147, especialmente, págs. 139-140

(200) Cfer. sobre esta cuestión, Pedro Cruz Villalón, "El estado de sitio como forma de protección extraordinaria del Estado" (tesis, inédita), Universidad de Sevilla, -- Facultad de Derecho, 1975, t.I, págs. F-33.

der; los propios desequilibrios del capitalismo; la progresiva extensión del derecho de voto y la consiguiente necesidad de ampliar el "consensus" del Estado liberal... van a dar paso a una teoría ampliada del orden público.= Su defensa no puede articularse únicamente a través de un aparato de policía que actúa como instrumento de poder ya "a posteriori", ya preventivamente también. La defensa del orden público, de la tranquilidad general o de la paz pública, términos todos ellos utilizados como sinónimos, exige también la prevención "estructural" del desorden: el Estado debe actuar como corrector de desequilibrios y desigualdades en una prevención permanente, no sólo extraordinaria, del desorden.

La defensa del orden experimentará una radical transformación. No se trata ya de "tumultos, asonadas o conmociones populares" que tienen por marco la vía pública y que son consecuencia de las malas condiciones de vida sino que los conflictos comienzan a tener otro matiz; el ejercicio de las libertades "naturales" va a ser limitado más por el riesgo para la seguridad pública que por el riesgo a la libertad de "otro", se identifique con la propia seguridad pública. El Ejercicio de la libertad = puede turbar el orden y cada vez en mayor grado la seguridad del Estado se convierte en límite a la libertad individual; no se ponen en tela de juicio las malas con

diciones de vida -defectos de abastecimientos o impues-  
-tos abusivos sino el ejercicio del poder que las origi-  
na. Si bien el crimen de "lesa majestad" comienza a ad-  
quirir una mayor amplitud y se empieza a hablar de "trai-  
ción a la nación", un análisis critico puede mostrar lo-  
que de manipulación ideológica hay detrás del término ---  
"traición a la nación".

No es extraño así que la "riot act", la "Loi -  
martiale", o, posteriormente, la "ley de orden público"=  
que se justifican en la medida que suponen una limitación  
de la libertad, como garantía de la misma libertad sean -  
también, incluso preponderantemente, una exoneración de -  
culpas del agente de la fuerza. El empleo de la fuerza se  
justifica por el respeto a la forma, por el respeto al --  
cauce legal que regula el empleo de la fuerza y la suspens-  
sión de derechos y libertades.

Por todo ello, no puede decirse que el manteni-  
--miento del orden público sea una competencia exclusiva=  
del poder ejecutivo pues éste requiere la colaboración del  
resto de poderes. La colaboración del legislativo semani-  
fiesta a través de la creación de la ley y la suspensión -  
de garantías; la colaboración del poder judicial se logra=  
atribuyendo primacía al conocimiento de este tipo de cau-  
sas, estableciendo procedimientos sumarios y por la aplicac

ción de las penas, frecuentemente desorbitadas. Es pues -una competencia que corresponde primordialmente al Ejecutivo, pero no de modo exclusivo. En España no siempre se consiguió esta colaboración del poder judicial, aquí podríamos encontrar talvez algunas de las razones para atribuir ciertas materias a la Jurisdicción militar; la colaboración del Legislativo irá perdiendo tal carácter al menos en cierta medida, conforme se deslegaliza la -suspensión de garantías o se afianza el parlamentarismo (201) y se consagra la supremacía orgánica del Ejecutivo.

La perspectiva histórica de la legislación de orden público nos muestra así el carácter ideológico del concepto -sublimación de intereses particulares-; público -sublimación de la contraposición privado-público, de finida desde el poder-; y legal: frente a la defensa confusa y no-jurídica, defensa desde la ley... pero también defensa desde las prerrogativas, inmunidades y "plusvalías del Ejecutivo.

---

(201) Los poderes, eso sí, se dividen pero el bloque en el poder permanece igual a sí mismo y su unidad se refleja sobre la organización -división del trabajo- del poder.

Desde este punto de partida -el orden público en sentido restringido, como objeto de la policía de seguridad, y su defensa por el Ejecutivo, al menos de modo preferente- no interesan tanto las bellas palabras - contenidas en la Constitución o en las discusiones parlamentarias cuanto su desarrollo por la ley ordinaria e incluso, aún más, su aplicación. En la misma medida el análisis se centra de modo fundamental en la actuación preventiva inminente (antes posibles desórdenes concretos) o represiva ("a posteriori"), más que en la prevención estructural permanente que nos llevaría a realizar un análisis más amplio que supondría prácticamente un análisis de la evolución del Estado liberal.

El intento es así doble: a) mostrar la existencia de distintas técnicas de mantenimiento del orden y el refuerzo que, para ello, supone el uso y abuso de conceptos jurídicos indeterminados; y b) el modo como - en base a dicha indeterminación el orden público se hace eco en cada momento de los valores ideológicos dominantes. Así la polémica conservadores-progresistas sobre el carácter de la libertad finaliza en 1870 con la aceptación de la tesis conservadoras; quienes se sientan en los bancos de la oposición, critican en las Cortes y fuera de ellas las normas que limitan la libertad, pero=

no vacilan en aplicarlas cuando están en el poder: la ley --de 1870 está en vigor hasta 1933 y ésta hasta 1959; --= --quienes defienden los proyectos antiterroristas de la== Restauración se escandalizan ante la Ley de Defensa de la República y quienes atacan la legislación antiterrorista= de la Restauración no vacilan en legislar en el mismo sen tido.

2.1.- Los inicios del Régimen constitucio al y la==  
reacción absolutista: 1812-1833.

2.1.1.- La recepción del término "orden público"

No consta que el término "orden públi-  
co" fuera recogido en España con anterioridad al art. 170  
de la Constitución de 1812 (202). En él se dice que "la -

---

(202) Como hemos señalado en otro lugar el término surge  
con Domat (1625-1696) en su obra "Las leyes civiles  
en su orden natural" (1689-1694). La Novísima Recó  
pilación hace referencia al bien público, común so  
siego, tranquilidad pública... y su defensa se en-  
cuadra en dicha Recopilación en su lib. XII, tit.=  
XI cuando habla de "los tumultos, asonadas y conmo  
ciones", se trata de una pragmática de Carlos III=  
de 17 de abril de 1774.

potestad de ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en b interior y a la seguridad del Estado en lo exterior conforme a la Constitución y a las leyes" (203).

La recepción del término es, sin duda, consecuencia indudable de la influencia de determinados textos franceses. Ya la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 habla en el art. 10 de "ordre public établi par la loi", asignando al orden público el papel de límite al ejercicio de la libertad de opinión. Una influencia más directa la ejerce el tit. III, cap. IV art. 1 de la Constitución francesa de 1791 que señala como competencias del Rey: "... le soin de veiller au maintien ---

---

(203) Las constituciones posteriores recogen dicho artículo casi literalmente, a excepción del término "exclusivamente" que tanto gusta a los constituyentes de Cádiz. Así el art. 45 de 1837; art. 43 de 1845; art. 49 de 1856; art. 69 de 1869; art. 50 de 1876 - la de 1931 silencia este aspecto y la Ley Orgánica del Estado de 1967 asigna esta facultad al Jefe del Estado en el art. 6.



de l'ordre public et de la tranquillité publique.. Au --  
Roi est délégué le soin de veiller a la sureté exterieure  
du royaume d'en maintenir les droits et les possessions"=  
(204).

Una lectura superficial del art. 170 puede lle-  
varnos a identificar orden público y seguridad interior -  
del Estado en base a la contraposición orden público-segu-  
ridad exterior (205). Su sentido, al menos en este primer  
momento, es más amplio, relacionado con la totalidad del -  
Estado y la función misma del derecho: el mantenimiento -  
de la tranquilidad general y no sólo la autodefensa del a  
parato de Estado. El orden público abarca ambos aspectos:  
seguridad interior y cuidado y mantenimiento de los dere-

---

(204) Sobre esta cuestión y otras ver el estudio de Wa---  
rren M. Dieu, "Las fuentes de las Cortes de Cádiz -  
en "Estudios sobre las Cortes de Cádiz", Universidad  
de Navarra, Pamplona, 1967, pág. 351 y sigs.

(205) La contraposición no es de este momento unicamente;  
a partir de ahora se convierte prácticamente en una  
cláusula de estilo a la hora de definir el Poder E-  
jecutivo, si bien su sentido va a cambiar radical--  
mente.

chos y posesiones (206). En este sentido tal vez sea me==

---

(206) Este sentido amplio es válido en el momento y resume en sí tanto la idea liberal de policía -ausencia de - desórdenes e intervención del poder de coacción como "última ratio"- como la idea anterior en que el Rey= se presenta como garante de la felicidad de sus súb- ditos. A este respecto la lectura de la Circular del Duque del Infantado de agosto de 1825 y las respuestas de los Arzobispos, Obispos y Capitanes generales con- sultados son significativas (Cfer. "Documentos del -- Reinado de Fernando VII", II. Informes sobre el esta- do de España (1825). Estudio preliminar y notas por - Federico Suarez. Universidad de Navarra, Pamplona, -- 1966). Pregunta el Duque (O.c., pág. 139), si en la - Diócesis (o en el distrito de mando y jurisdicción - de V.E.) han ocurrido en todo el año corriente exce- sos y desórdenes ya individuales, ya en reunión que= hayan alterado, o podido alterar esencialmente la -- tranquilidad pública, y cuáles hayan sido. El Obispo de Badajoz, D. Mateo Delgado y Moreno habla de "el - grande objeto de S.M. en la conservación del Orden,= paz y tranquilidad y felicidad de sus amados vasa--- llos" (O.c. pág. 143). Dado el amplio sentido de la=

nos confuso el otro término utilizado en la época, "tranquilidad pública". El orden público es así el resultado -

---

pregunta, las respuestas gozan de la misma amplitud y en ellas se utilizan ambos términos, orden y tranquilidad, aunque con preferencia este último. Se habla de desórdenes típicos contra la seguridad del Estado: en frentamientos con los constitucionales colocación de pasquines (en alguno de ellos se llega a vitorear a la República y se denigra tanto al Rey como a la Religión; en otros, como los procedentes de Andalucía se habla de conflictos laborales... Dominan las referencias a delitos contra la propiedad (robos, bandolerismos) y contra las personas, hasta tal punto que es prácticamente nula la referencia a delitos contra la seguridad interior del Estado; se sigue manteniendo la vieja idea de los tumultos y asonadas motivados por deficiencias en las condiciones de vida... como consecuencia de la vuelta a formas absolutistas. Los obispos insisten en la herejía, sacrilegios y la difusión de determinadas ideas por medio de la imprenta; nueve, de un total de venticuatro, piden el Restablecimiento de la Inquisición. La mayor parte de los informes están de acuerdo en la escasez de desórdenes (atribuyámoslo=

global del acatamiento de la ley en todos sus aspectos. La ley se convierte en garantía suprema de la libertad (207) y el orden público como en la Declaración de ---

---

a la represión y al exilio que siguen al trienio= constitucional) si bien, y de modo significativo, casi todos están conformes en una impresión pesimista sobre la situación del Estado.

(207) La idea de la ley como garantía de la libertad a parece recogida incluso en el manifiesto de abro gación del régimen constitucional de 4 de mayo - de 1814. Luego de señalar Fernando VII las razones que le impulsan a tomar la medida señala que "La libertad y seguridad individual y real quedarán garantizadas, firmemente aseguradas por medio de leyes que afianzando la pública tranquili dad y el orden, dejen a todos la saludable liber tad en cuyo goce imperturbable... deben vivir los ciudadanos". La represión que sigue a la vuelta - del Rey -no olvidemos el carácter substantivo del propio manifiesto al imponer fortísimas penas, in cluso de muerte, a quienes se opusiere- ahorra to to comentario sobre el modo como entendía Fernan do VII la defensa de la libertad.

1789 es el orden establecido por la ley. En este contexto la seguridad del Estado supone una parcela fundamental del orden público, la única que justifica la suspensión de las garantías de las detenciones (como garantía de libertad física) del cap. III del Lib. IV (art. 308) (208). pero no su único componente. La reducción del contenido del orden público a la seguridad interior, como defensa del aparato de Estado, surge más adelante.

---

(208) "Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiera, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de alguna de las formalidades pre critas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado". El discurso preliminar de la Constitución justifica esta medida en el apartado LXVI diciendo que "no de otro modo podrá frustrarse una conspiración tramada contra la libertad de la Nación". El alcance de la medida de suspensión es muy limitado -sólo afecta a las garantías de las detenciones- y debe ser declarado por ley y tiempo determinado, si bien no se plantea un tope legal ni las formalidades de la prórroga. Sin embargo, el art. --

2.1.2.- La ley de 17 de abril de 1821 para "la breve sustanciación de las causas y pronto castigo de los delitos contra la seguridad del Estado".

La ley de 17 de abril de 1821 supone ya un primer recortamiento de las garantías de la libertad individual al establecerse de modo permanente y para determinado tipo de delitos un procedimiento sumario con la consiguiente merma de garantías procesales. La justificación del carácter sumario trata de conjugar el carácter judi-

---

308 va a plantear problemas de aplicación. Así en la sesión de 7 de septiembre de 1820 en que se plantea su aplicación por los hechos acaecidos en Madrid el día anterior Martínez de la Rosa señala que no es preciso adoptar tal medida pues "están vigentes las leyes que tratan de asonadas" y que el tumulto del día anterior no tiene otro carácter. Diario de sesiones de Cortes, Legislatura de 1820, t. 2º pág 868; estas normas eran las ya reseñadas de la Novísima Recopilación. En 1841, Espartero recuerda la vigencia de la Novísima en materia de tumultos y asonadas.

cial de la sanción con la "ejemplaridad" que acompaña a una sanción rápida.

El art. 1 señala que "son objeto de esta ley las causas que se formen por conspiración o maquinaciones directas contra la observancia de la Constitución o contra la seguridad e inviolable persona del Rey constitucional". La ley establece un procedimiento especial para perseguir hechos contrarios a los bienes jurídicos señalados que, aún no conocidos bajo el genérico "delitos contra el orden público", constituyen los primeros intentos por decantar el concepto. Hay que hacer notar que la entrada en vigor de la ley no quedaba condicionada a la suspensión de garantías, la ley se aplica igualmente en situación de normalidad. Junto a la posibilidad de suspender las garantías (art. 308 de la Constitución) y el esbozo de ley marcial contenido en el Código penal de 1822, tit. III, caps. 1º, 2º y 3º constituye el marco jurídico para la defensa de la seguridad del Estado.

#### 2.1.2.1. Carácter de la ley

Se ha discutido si la ley de 1821 es o no una ley de orden público, a mi modo de ver por un error de perspectiva que atribuye este carácter únicamen

te a las leyes preventivas. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que el orden público se encuentra en cada momento ligado a las concepciones sobre la libertad y la función del Estado. Así una legislación represiva, que sólo admite una respuesta "a posteriori", aún cuando implica un procedimiento sumario, es tanto la respuesta jurídica obvia del Estado-policía de comienzos del siglo XIX como el resultado de los planteamientos victoriosos del momento. Ante esto, que la ley regule únicamente un procedimiento de breve sustanciación y rápido castigo, que pena fuertemente y recorta en gran medida las garantías procesales aunque no señale distintas situaciones de control del ejercicio de la libertad -Estado de normalidad, de prevención, sitio, alarma, excepción, guerra...- no significa que no nos encontremos ante una ley de orden público; es la ley de orden público que corresponde al concepto liberal progresista de libertad. Distinguir distintos "estados" de ejercicio de la libertad esto es distintas competencias de distintos órganos en materia de policía de la libertad, supone un avance técnico-jurídico de ocultación de técnicas represivas; la libertad, se dice, no queda indefensa... sino que su protección cambia de contenido. Bayo en su "Historia de la vida y reinado de Fernando VII" no dudó en calificar la ley de 1821 de "medida de terror" -



(209).

Tal vez la mejor prueba de que se trata efectivamente de una ley de orden público es que sólo será derogada definitivamente por la ley de orden público de 1870; además bastaría trazar un paralelo entre los artículos segundos de ambas leyes. Esto no significa que los moderados no hicieran uso, con anterioridad, de medidas preventivas de todo tipo, tales como censura previa (210).

---

(209) Imprenta Repullés, Madrid, 1842, pág. 234.

(210) Un planteamiento general del tema en L. Díez del Corral, "El liberalismo doctrinario", Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1956; una referencia legislativa del período en Artola, "Partidos y programas políticos 1808-1936", t.I., "Los partidos políticos", Ed. Aguilar, Madrid 1974, pág. 134 y sigs.

En esta línea el R.D. de 5 de junio de 1839 sobre imprenta exige la presentación de los impresos dos horas antes de su distribución y venta, tal vez con la finalidad de poner freno al R.D. de 17 de agosto de 1837 (progresista) cuyo "uso ha denegado - en un desengreno tan funesto y lastimoso que hiere=

---

y mata a la misma libertad" (del preámbulo del R.D. - de 5 de junio de 1839); el Decreto de 10 de abril de - 1844 (gonzález Bravo) acentúa las medidas de control:= registro de impresores, censura previa sobre ejemplar= autenticado..., prohibición de vocear noticias, sólo - puede vocearse el título de la publicación..., un jurado califica la posible infracción. El R.D. de 6 de julio de 1845 (Narváez) acentúa el carácter restrictivo= al eliminar los jurados pues los secretarios de Estado" están convencidos de que no es posible contener los a=  
busos de la imprenta mientras esté sometida a la jurisdicción del jurado". Las normas posteriores de los moderados van a incrementar las limitaciones de todo tipo.

En materia de libertad de prensa la situación es parecida: los moderados establecen la censura previa (R.= D. de 4 de enero de 1834), para ser editor se requiere= reunir las condiciones y requisitos de elector, se exige igualmente un depósito previo -20.000 reales en Ma==  
drid, 10.000 reales en provincias- para hacer frente - al pago eventual de multas (los sueldos de un trabajador oscilaban entre 250-500 reales). Los progresistas= por R.D. de 22 de marzo de 1837 suprimen la censura -=  
previa aunque aumentan la cantidad del depósito previo si bien suprimen la licencia por un informe favorable= del gobernador. El fin de Espartero y la llegada de -=  
los moderados da al traste con dicho decreto con el de 10 de abril de 1844 que agrava las condiciones anteriori

padrones (211), autorizaciones previas (212) a las que -

---

res: el depósito previo se aumenta considerablemente y aunque se mantiene el jurado se elevan los requisitos de edad y capacidad económica. Ambas normativas, las de 1837 y 1844, son la base de la regulación de prensa por progresistas y moderados.

- (211) El padrón que comienza a ser utilizado por los moderados constituye una de sus medidas típicas de control sobre la población. El art. 5 del R.D. de 4 de abril de 1854 señala: "En el padrón que forma el comisario de todos los habitantes de su distrito constará el nombre y apellido, la edad, naturaleza, procedencia, profesión u oficio y medios de subsistencia de cada individuo. Si alguno careciese de estos últimos o no quisiera declarararlos, no podrá ser empadronado a no ser que dos vecinos honrados y bien acomodados respondan de su conducta".

Como apostilla Artola (O.c., pág. 151, "sin padrón no hay cédula de vecindad y, sin ésta, un individuo es calificado como vago y detenido":

- (212) Ante el silencio constitucional, el derecho de reunión va a ser regulado por normas del Ejecutivo que conceden amplias facultades a la autoridad provincial o local. La primera regulación del derecho de reunión

tampoco son totalmente ajenos los progresistas. Ambos moderados y progresistas, recurren a limitaciones tales como requerimientos a la autoridad local para que cumpla la ley con la fuerza, amenazándoles en determinados casos con el relevo en sus cargos si fracasaren en su gestión (213); re

---

es de 21 de octubre de 1820, como instrumento técnico frente a las sociedades patrióticas; se exige autorización previa de la autoridad competente que, si lo desea, puede presidir. La ley de 22 de junio de 1864, tardía según Artola, establece, además de la autorización previa, la posibilidad de suspender reuniones convocadas o disolverlas si se están celebrando "siempre que a su juicio lo exija la conservación del orden público".

El derecho de asociación, en cambio, no presenta grandes variaciones en su regulación por unos u otros. La desconfianza les hará ser tremendamente restrictivos.

- (213) El R.D. de 6 de agosto de 1835 decía: "... en todo punto en que se verifique un tumulto o asonada, cualquiera que sea el pretexto de que se valgan los promovedores del desorden quedan suspendidas de sus funciones las autoridades que, habiendo precedido las medidas y disposiciones oportunas, no hagan uso de la fuerza pública para sostener el imperio de la ley y para casti

quisitos económicos y de edad para el ejercicio de determinados derechos o para formar parte de los jurados, etc...

Tal vez la razón del triunfo definitivo en 1870 de los planteamientos preventivos haya que encontrarla en la aparición organizada del movimiento obrero, sobre todo los intentos de constitución en España de la sección de la A.I.T.; desde esta perspectiva el riesgo no es de simple pérdida del poder por moderados o progresistas, sino que el mismo sistema de poder es cuestionado.

#### 2.1.2.2.- Vigencia de la ley

La Ley de 1821 estará en vigor hasta la -

---

gar ejemplarmente a los autores y cómplices de semejantes atentados".

Las Circulares a las autoridades locales conminándolas a la aplicación de la ley eran frecuentes, así en materia de libertad de prensa las circulares progresistas - de 5 de junio de 1839, 18 de diciembre de 1840, 22 de diciembre de 1841, 16 de setiembre de 1842 y 10 de enero de 1843; en materia de reunión, por ejemplo, la R.O. de 7 de diciembre de 1852. La sucesión de circulares podría ser inacabable.

ley de orden público de 1870 si bien presenta determinados avatares en su vigencia en las épocas moderadas llegando en determinados momentos a ser derogada, para recuperar su vigencia con la llegada de los progresistas al poder. Tendremos oportunidad de verlo.

Como un índice de su vigencia nos encontramos con la R.O. de 17 de octubre de 1865 en que se dictan -- normas sobre inteligencia y aplicación de dicha ley. El texto no puede ser más explícito sobre el contenido del orden público (214): "El gobierno de S.M. no puede mostrarse indiferente a ninguna alteración del orden público, ni aún cuando se invoquen como causa vejámenes que, viniendo de las leyes, al legislador solamente incumbe remediar. Está dispuesto, por el contrario, y firmemente decidido a sostener a todo trance el principio de autoridad y el respeto debido a las leyes sin dejarse dominar -- por ningún género de exigencias ni consentir la impunidad

---

(214) Lo que en la ley se denomina "seguridad del Estado", en la R.O. se denomina orden público; pero mucho más significativo que esta identificación se hace a efectos de precisar la "inteligencia" de la norma.

de criminales trastornos". Encontramos así reflejados, y= en interpretación aclaratoria, muchos de los conceptos -- vertidos hasta el momento; pero de modo fundamental uno: = que el orden público es el orden material, la mera ausen-- cia de desórdenes, resultado del acatamiento mecánico de - la ley. En un enfrentamiento entre el orden y la Justicia, la R.O. no se recata en afirmar la primacía de aquel.

Promulgada la ley de orden público de 1870 aún - se plantean problemas de vigencia. Una R.O. de 12 de marzo de 1875 aclarará la dificultad.

"Habiéndose suscitado dudas acerca de si la ley de 17 de abril de 1821 sobre conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración y= otros delitos está absolutamente derogada por - la ley de orden público de 23 de abril de 1870.

Considerando que la segunda de estas leyes - tiene por único objeto prevenir y castigar los - crímenes contra la forma de Gobierno y la seguri-- dad interior del Estado mientras que la primera= contiene disposiciones para la represión de deli-- tos graves contra personas y las propiedades.

El Rey (Q.D.G.) de acuerdo con el Consejo de Ministros se ha dignado declarar que la citada= ley de 17 de abril de 1821 está vigente en cuan-- to a los delitos expresados en su art. 8, los - cuales deberán ser perseguidos por el fuero y -

procedimiento que en la misma ley se establece" (215):

2.2.- "1833-1869: La polémica entre legislación preventiva (moderados) y legislación represiva (progresista)".

2.2.1. La defensa armada del Estado: Milicia nacional y cuerpos armados.

La Milicia nacional creada por la Constitución de 1812 y regulada definitivamente por ley de 29 de junio de 1822 tenía como fines: sostener la Constitución dar las patrullas necesarias para mantener el sosie=

---

(215) El art. 8 hace referencia a los reos del delito de secuestro. En otro orden de cosas, el propio Comellas, aunque no llega a hacer un análisis de la ley, la califica también como ley de orden público en "El trienio constitucional"; Estudio general de Navarra Madrid, 1963, pág. 219. L. Martín Retortillo la califica de ley marcial "La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente del ejercicio de los derechos", Ediciones Civitas S.A. Madrid, 197 pág. 35.



go público y defender los hogares y términos de sus pueblos de los enemigos interiores y exteriores. El pueblo en armas, la Milicia nacional supone la ruptura con el sistema de antiguo régimen de uso exclusivo de armas por los caballeros. La milicia nacional se configura como la garantía armada de la Revolución, burguesa, mientras que el Ejército, como ya indicara Sieyes, "no ha sido hecho, ni existe, ni debe obrar sino en el orden de las relaciones políticas exteriores. Así pues el soldado jamás debe ser utilizado contra el ciudadano".

Disuelta la Milicia Nacional a la vuelta del absolutismo (216), se reorganizará de nuevo una milicia=

---

(216) En su lugar se crean los "voluntarios realistas" y la "superintendencia general de la policía del reino", encargada la primera de la vigilancia frente a los enemigos del régimen y la segunda del mantenimiento del orden en general (RR.DD. de 8 y 13 de enero de 1824 y 19 de agosto de 1827). Sobre la eficacia de -- ambos institutos puede servir como índice las respuestas que se remiten a la circular de Infanzón: mientras se defiende el comportamiento de los realistas se ataca con ardor, sobre todo por los Obispos, a la policía alegando, entre algún exceso, que era un cuerpo extraño a la tradición nacional y sin arraigo; se trataba de recordar su origen francés.

interna por R.O. de 16 de febrero de 1834. Las fuerzas - de cada población eran independientes unas de otras lo - que les proporcionaba escasa eficacia, por ello un R.D. de 30 de agosto de 1836 centraliza el mando a escala nacional y nombra un inspector general. La vuelta de los moderados trae consigo su disolución en 1 de febrero de 1844: a Narváez le parecía peligrosa la idea de la Milicia como fuerza autónoma. Los progresistas, sin embargo, mantendrán viva la idea de la Milicia. Así el manifiesto al país del partido democrático de 6 de abril de 1849 (217) la define como "primera garantía del orden público y de las instituciones" que "se componen de todos los ciudadanos que gocen de derechos políticos", añadiendo que para asegurar la eficacia de esta función "armaríamos a la Milicia nacional, organizada de modo que sin ser embarazo para el Gobierno, conservase las instituciones y el orden público " ==

---

(217) Cfer. López, E. "Antalogía de las Cortes de 1846--1852"; Madrid, 1912, págs. 548-552. El Manifiesto señalaba como competencias del Ejecutivo "conservar el orden en el interior, y velar por la seguridad y dignidad en el exterior".

(218). En idénticos términos se refiere a la Milicia nacional el Manifiesto de la Unión liberal de setiembre de 1854, el Manifiesto del Manzanares (O'Donnell) de 6 de julio de 1854 y el manifiesto democrático de 27 de setiembre de 1854 (219) que habla además de la inviolabilidad de los derechos individuales acerca de los cuales no hay poder en la tierra que tenga facultad para legislar (220).

---

(218) Al hablar de la reforma constitucional calla sobre la suspensión de garantías y señala que: "sin la seguridad personal son vanas e ilusorias todas las garantías políticas".

(219) Estos documentos pueden consultarse en M. Artola, - "Partidos y programas políticos, 1808-1936", t. II, Ed. Aguilar, Madrid, 1975, págs. 46 y sigs.

(220) Sin género de dudas en las fuerzas progresistas de la época está presente la acusación que encontramos en el Manifiesto de Pi y Margall de 21 de julio de 1854: "¿Qué adelantamos con que se nos conceda la libertad de imprenta del año 37?. Esta libertad está consignada en la Constitución del año 37 con sujeción a leyes especiales que cada gobierno escribe conforme a sus intereses y a su más o menos embozada tiranía".

Con la vuelta de los progresistas se recompondrá en setiembre de 1854 y será definitivamente extinguida por R.D. de 15 de agosto de 1857, una vez afianzado - O'Donnel en el poder.

Con anterioridad, por R.D. de 13 de mayo de -- 1844 se creó la Guardia Civil. Su creación planteó inmediatamente conflictos de competencia con otros cuerpos - de vigilancia, sobre todo en lo que hace referencia a Madrid. El R.D. le asignaba como fines "proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades fuera y dentro de las pobla-- ciomes". El Reglamento de 2 de agosto de 1852 señala que sus fines son: "primero.- la conservación del orden pú-- blico; segundo,- la protección de las personas y propiedades dentro y fuera de las poblaciones; tercero.- el auxilio que reclama la ejecución de las leyes".

Un síntoma más de la defensa especial de los aparatos de Estado lo encontramos en este mismo período - con la creación de cuerpos armados especiales en la capi tal de la Nación, es decir allá donde el grupo en el po der es más sensible a cualquier alteración y allí donde= la eficacia y fidelidad de la policía a dicho grupo re== presenta la mayor garantía de su mantenimiento en el po der. Los cuerpos de vigilancia que se suceden son de muy

diversa naturaleza, así los "salvaguardas de Madrid" creados por Sartorius, o la "Guardia civil veterana" creada con veteranos de las fuerzas armadas en 1859 por la Unión Liberal y disuelta el 20 de octubre de 1868; o el "Cuerpo de orden público" creado por Decreto de 20 de marzo de 1871, como fuerza destinada a la vigilancia de Madrid y sus afueras dependiente del Ministro de la Gobernación (221)

2.2.2.- El proyecto de ley de orden público de 1 de diciembre de 1851 (Bravo Murillo).

Este proyecto es el primero que conocemos -- bajo el nombre de "orden público". Ahora bien, anteriormente hubo intentos por regular esta materia y con el mismo carácter general que el proyecto de Bravo Murillo: normas de excepción vigentes únicamente cuando estén suspendidas las garantías constitucionales. Así el R.D. de 20 de octubre de 1835 sobre las circunstancias que deben concurrir para la declaración del estado de guerra y el pro-

---

(221) En el preámbulo se habla de una ley futura para toda la nación. El art. 1 la definía como una "fuerza de constitución puramente civil, pero militarmente organizada". Por Decreto de 20 de junio de 1872 perdió su carácter militar, y poco después fue disuelta.

yecto -no llegó a ser aprobado por los enfrentamientos --con los carlistas- de "ley excepcional sobre los estados de sitio, guerra y de prevención" de 1839 (222). Entre otros trabajos teóricos está el publicado en 1839 --por Donoso Cortés sobre el "proyecto de ley sobre estados excepcionales presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de diciembre" (223).

El proyecto se enmarcaba en un intento más amplio de reforma de la Constitución a la que acompañaban distintos proyectos de leyes fundamentales: De organización del Senado, de elecciones a Diputados, en Cortes, - de régimen de los cuerpos colegisladores, de seguridad de las personas, de seguridad de la propiedad, de orden público y de grandezas y títulos de España.

El proyecto sumamente breve -once artículos-, -

---

(222) Diario de Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1839, apéndice 3º al nº 18,= sesión de 18º de setiembre de 1839, págs. 287-290.

(223) Recogido en "Obras completas" t.I, ed. prep. por - C. Valverde, B.A.C. Madrid, 1970, pág. 706 y sigs.

definía (art. 1) dos estados, de prevención y excepcional, siendo competente en el segundo caso la autoridad militar (art. 6) (224). Su declaración correspondía al Gobierno que, bajo su responsabilidad, podría delegar dicha facultad en los gobernadores de provincia (art. 2); no existía ningún tipo de control sobre el gobierno, ni siquiera la cortesía de comunicar el acuerdo a las Cortes -----

---

(224) "Art. 6: Durante el estado excepcional la autoridad superior militar, bien del distrito, bien de la provincia según la necesidad lo exija, reasumirá todas las funciones gubernativas que fueren necesarias para conservar el orden y la tranquilidad". La extrañeza surge, de modo inevitable, al leer el término "reasumir", como si estas competencias fueran originariamente militares y ejercidas por la autoridad civil por su delegación. J. Martín muestra su extrañeza en este mismo sentido, en "La expresión del concepto de Orden público en la legislación española Boletín de Documentación del Ministerio de la Gobernación, nº 43, pág. 36.

(225). El estado preventivo suponía la suspensión de la ley de seguridad de las personas (art. 3). El Estado excepcional podía ser declarado cuando las medidas del estado preventivo se mostrarán ineficaces o si desde el - primer momento se presenta un motivo grave y extremado= que así lo aconseje.

El proyecto suponía el robustecimiento de los poderes del Ejecutivo (226), con merma del Parlamento,=

---

(225) De todos modos las Cortes del proyecto de Bravo - Murillo apenas tenían alguna facultad, su supeditación al Ejecutivo era casi total...; pero es que - tampoco las de 1845 constituían un modelo de independencia: no podían reunirse sin ser convocadas - por el Rey, y un Senado nobiliario de nobramiento= real garantizaba el sometimiento a los intereses - del grupo en el poder. Junto a estas características, la ley elecotral de 1846 aun recortó más que - la de 1837 las posibilidades de acceso al parlamento al subir la contribución directa de 200 a 400 -. reales.

(226) Sánchez Agesta habla de que "parecía querer legalizar y estabilizar la dictadura del poder ejecuti==



unico competente hasta este momento para declarar la sus  
pensión de garantías (art. 308 de la C. de 1812 y arts.=  
8 de las Constituciones de 1837 y 1845).

La presentación de los proyectos trajo consigo  
una oposición radical. Fernández de Córdova ha contado -  
que ya en mayo del 52 Bravo Murillo le había hecho ofre-  
cimientos importantes, a los que había respondido dicién-  
do que los militares apelarían incluso a las armas "si -  
da Vd. ese golpe de estado de que tanto se ocupa la o-  
posición". El propio Bravo ha contado en sus "Opúsculos" -  
la entrevista que tuvo en Aranjuez con la Reina Madre y=  
la rotunda oposición de ésta al proyecto (227). Ello y -

---

vo"; "Historia del Constitucionalismo español" IEP  
2ª ed. Madrid, 1964 pág. 261.- Puede consultarse -  
en torno al análisis de la Década moderada (1844-  
1854) y en concreto sobre Bravo Murillo el análisis  
que realiza Tuñón de Lara en "Estudios sobre el si-  
glo XIX español", Ed. s. XXI, 3ª ed. Madrid, 1973,=  
págs. 33-80, más en concreto sobre Bravo Murillo, -  
págs. 74-76.

(227) Citado por Tuñón de Lara, O.c. pág. 75

---

lares de otros órganos y aparatos, Aquel pretendía - ejercer un control del modo como se aplicaban sus medidas y sobre todo del modo como actuaban los Tribunales, remisos ante este tipo de causas. Así encontramos una R.O. de 22 de marzo de 1836 y otra de 20 de diciembre de 1838 en que se pedía que se remitiera al Gobierno parte de las causas de rebelión y sedición y todo tipo de noticias con respecto a estas cuestiones. En otra R.O. de 11 de enero de 1840 el Gobierno se lamenta de que el Ministerio fiscal no actúe frente a estos delitos con la debida rapidez y exige que se -- persigan "sin mirar al matiz político ni al número -- ni calidad de las personas... puesto que nada hay tan funesto como la impunidad". Como la R.O. señala, resultaba que los primeros procedimientos "en muchas partes" eran abandonados a los alcaldes, incluso allí donde -- había magistrados. Otra R.O. de 5 de enero de 1855, a lo que parece la situación se mantenía, exige que además de los partes de inicio de causas se remitan informes cada tres días a fin de exigir las responsabilidades a que hubiere lugar. Como contrapartida de este -- comportamiento de los Tribunales la "Revista militar", nº 8, 1838 pág. 445 y sigs., reforzando lo anterior, se pregunta por qué pasados los días de agitación se=

---

lares de otros órganos y aparatos, Aquel pretendía - ejercer un control del modo como se aplicaban sus me didas y sobre todo del modo como actuaban los Tribu- nales, remisos ante este tipo de causas. Así encontra- mos una R.O. de 22 de marzo de 1836 y otra de 20 de - diciembre de 1838 en que se pedía que se remitiera al Gobierno parte de las causas de rebelión y sedición y todo tipo de noticias con respecto a estas cuestiones. En otra R.O. de 11 de enero de 1840 el Gobierno se la menta de que el Ministerio fiscal no actúe frente a - estos delitos con la debida rapidez y exige que se == -persigan "sin mirar al matiz político ni al número - ni calidad de las personas... puesto que nada hay tan funesto como la impunidad". Como la R.O. señala, resul- taba que los primeros procedimientos "en muchas partes" eran abandonados a los alcaldes, incluso allí donde - había magistrados. Otra R.O. de 5 de enero de 1855, a- lo que parece la situación se mantenía, exige que ade- más de los partes de inicio de causas se remitan infor- mes cada tres días a fin de exigir las responsabilida- des a que hubiere lugar. Como contrapartida de este == comportamiento de los Tribunales la "Revista militar", nº 8, 1838 pág. 445 y sigs., reforzando lo anterior,= se pregunta por qué pasados los días de agitación se=

gresistas, ni siquiera en el bienio. Como señala, M. Artoles: "el régimen del bienio se redujo a una restauración, con pretensiones de interinidad, del régimen progresista de la época de Calatrava y ninguno de los proyectos destinados a constituirlo entre ellos el de Constitución llegó a tener vigencia, en virtud del nuevo desplazamiento hacia el moderantismo que la Corte logró imponer desde el momento en que se le conservaron sus funciones fundamentales" (230). El proceso de vuelta al régimen moderado se afianzará a partir de la supremacía que O'Donnell alcanza desde el 14 de julio de 1856. En este concepto se producen determinados intentos de establecer una ley de orden público de carácter preventivo.

2.2.3.- Nuevos intentos de normas orgánicas. Deslegalización de la suspensión de garantías

Por R.O. circular de 28 de junio de 1855=

---

continúa el estado de guerra por seis meses, por ocho o por un año. Tal vez aquí se puede encontrar la razón del comportamiento de los jueves, magistrados y fiscales.

(230) "Historia de España", Alfaguara, T.V. pág. 225.

se remite la instrucción reguladora del estado de guerra --  
-en la que se hace referencia a una futura ley de orden pú-  
blico. La instrucción trataba de llenar el vacío mientras=  
dicha ley no se promulgara (231).

Una nueva R.O. de 24 de junio, aparecida el 3 de julio de 1857 regula las condiciones de declaración del es-  
tado de sitio. Este puede declararse de común acuerdo entre la autoridad civil y la militar, o por ésta, y bajo su res-  
ponsabilidad, sino puede convocar<sup>a</sup> aquélla, en cuyo caso da-  
rá cuenta al Gobierno. En cualquier caso será jurisdicción=  
competente la militar.

Junto a éstas, hay otras reales órdenes comple-  
mentarias de 8 de septiembre de 1858 y 16 de enero de 1867,  
ésta cuando se prepara una ley de orden público.

---

(231) La extrañeza que producía la utilización del térmi-  
no "reasumir" en el proyecto de Bravo Murillo vuelve  
a repetirse aquí cuando la instrucción señala que la  
autoridad militar "no reasumirá" la jurisdicción, --  
facultades y atribuciones que corresponde a las demás  
autoridades, pero sí ~~la~~ referentes al cuidado del orden  
público.

La constitución no promulgada de 1856 se inserta en la misma línea que las tres anteriores. En ella se encuentra la primera referencia constitucional a una ley de orden público -aún inexistente en esos momentos, al menos con tal carácter orgánico- al decir "promulgada esta ley (la de suspensión de garantías) el territorio a ella sujeto se regirá durante la suspensión por la ley de orden público establecida de antemano". En 15 de septiembre del mismo año se restablecá la Constitución de 1845 y el art. 2 del acta adicional vuelve a insistir en una ley de orden público. Por Decreto de 14 de octubre --se deja sin efecto el acta adicional "sin perjuicio de lo que, de acuerdo con las Cortes se determine sobre las disposiciones contenidas en el acta adicional...".

A partir de este momento el acto de declarar la suspensión de garantías va a ir perdiendo rango legal -de ley (Parlamento) a decreto (Gobierno)- si exceptuamos el paréntesis de la Constitución de 1869. De esta manera, ---si al vaivén de los nuevos planteamientos ideológicos= se pone el acento en ideas como la soberanía y la liber= tad de la nación, solo esta podrá suspender sus propios - derechos y libertades, a través de las Cortes; pero si se hace hincapié en el principio de autoridad, será el Gobier= no quien tome la decisión: el control posterior por las =

Cortes será auténtico o un mero ser informados según los matices más o menos rígidos del principio de autoridad.= La prevalencia de uno de los dos principios, autoridad y libertad, va a dar lugar a muy diferentes regulaciones - de la defensa de la seguridad del Estado y de la paz interior.

Estos matices deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar una de las notas más características de las regulaciones de orden público, su carácter adjetivo. No nos encontramos tanto con una muestra de buena voluntad, cuanto con un intento de evitar, dentro del juego de los poderes, la fácil tentación de declarar la suspensión de garantías en vistas a imponer penas más fuertes a los adversarios políticos (232).

En esta línea deslegalizadora encontramos la ley de 8 de julio de 1866 que supondrá una auténtica reforma constitucional al autorizar al Gobierno de S.M. para poder declarar en suspenso en toda la Monarquía o en parte de ella las garantías que establece el art. 7 de la Constitución. Inmediatamente el Gobierno comenzó a hacer=

---

(232) Algo que en las radicales alternativas de poder del s. XIX no podía olvidar ni la oposición ni el Gobierno.

uso de esta facultad.

Esto no podía mantenerse en el espíritu de la Revolución de 1868. La Constitución de 1869 vuelve a declarar que la suspensión de garantías se hará por ley - "cuando así lo exija la seguridad del Estado", aunque se amplían los derechos y garantías que pueden ser suspendididos; además de las ya tradicionales (inviolabilidad de domicilio y libertad de domicilio, garantías de los a--rrestos) se incluyen la libertad de expresión, reunión y asociación recogidas en el art. 17 de la Constitución (233). A partir de este momento y hasta nuestros días estos serán los derechos y garantías que pueden ser suspendididos.

#### 2.2.4.- El R.D. de 20 de enero de 1867

Por dicho Real Decreto se ordenaba que ri--

---

(233) Como hemos visto esto no significa que no estuvieran regulados con anterioridad en un sentido o en otro, si bien carecían de refrendo constitucional. La razón de la posibilidad de suspender dichos derechos es obvia: en su ejercicio también puede resultar alterado el orden público.



giera como ley del reino el proyecto de ley de orden público adjunto, en tanto no fuera aprobado por las Cortes del Reino (234).

En su preámbulo se señala que "todos los partidos que sucesivamente han gobernado nuestro país, así en casos comunes como en periodos de agitación han declarado la verdad práctica de que el orden público es la primera necesidad de los pueblos, la garantía más segura de los derechos y de los intereses morales. Cuando falta el orden público, la Administración de Justicia y la ley carecen de importancia; la vida, el honor y la propiedad de los ciudadanos quedan a merced de la fuerza; el derecho y la dignidad del individuo son meras ilusiones... la idea del orden impone su imperio no mismo a la autoridad que manda - que al súbdito que obedece y este es uno de los principios más poderosos del presente proyecto de la ley" (235).

---

(234) El proyecto constaba de un preámbulo justificativo, 129 artículos y 3 adicionales.

(235) Este afán no debió ser tal cuando por Decreto de - 22 de julio de 1869 quedó derogado. En su justificación se hablaba de la dureza de la norma de 1867 y su no conformidad con los principios de 1868.

La ley de 1867 define en su art. 1 que pueden volver en otro concepto toda manifestación publica que ofenda a la religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los cuerpos colegisladores, al respeto debido a las leyes o que considerados en lugar y las circunstancias, produzca escándalo, agitación, bullicio, tumulto, asonada o conato de motín o que pueda ocasionar relajación de la disciplina del Ejército". La descripción, por lo amplia, no puede ser más confusa.

#### 2.2.4.1. Medidas de policía

Se regulan tres tipos de competencias para tres situaciones diferentes:

##### 2.2.4.1.1.- Estado normal

Rompe con el carácter "excepcional" - de que teóricamente debían estar dotadas estas normas - (" cuando estén suspendidas las garantías contenidas en la Constitución") y que el proyecto de 1839 venía recogido incluso en el título.

El R.D. regula un cuadro de medidas preventivas con carácter permanente tales como dotación=

de policía, registros, padrones determinados individuos: ex-presidarios, jugadores profesionales, vagos... para, en caso de sospecha, confinarlos. Igualmente se disponía la necesidad de cédulas de identidad.

Las medidas que se disponían eran de dos tipos: taxativa y discrecionales, estas últimas no conocen más límite que el que señale "la prudencia y el buen sentido".

#### 2.2.4.1.2.- Estado de alarma

La autoridad competente es la civil, - si bien debe comunicar a la militar y judicial las medidas que adopte. Estas son a) suspensión de reuniones (art. 31); b) expulsión de determinadas personas de la población (art. 32); c) suspensión de publicaciones (art. 33); d) prohibición de venta de armas (art. 36); e) Los jueces y los Tribunales debe dar preferencia a las causas que se formen -- por delitos contra el orden público (art. 41) para lo que la Audiencia se constituirá en sesión permanente (art. 42)

#### 2.2.4.1.3.- Estado de guerra

La autoridad militar asume, por delegación de la civil, todas las competencias de que esta -- dispone en materia de orden público.

#### 2.2.4.2.- Procedimiento y sanciones administrativas

En lo relativo al Procedimiento se introducen determinadas modificaciones, todas ellas en detrimento de las garantías procesales del inculpado. En este sentido puede resultar la más perjudicial para el reo la contenida en el art. 66: aún reconociendo como juez competente al de primera instancia del partido donde comenzare a ejecutarse el delito (art. 65), el Gobierno puede designar a quien le parezca más a propósito (art. 66).

Paralelo al procedimiento penal se regula - un sistema de multas y arrestos subsidiarios por impago - (art. 64), impuestas "según su arbitrio" por la autoridad civil (estado de alarma) o por la autoridad militar (estado de guerra). El procedimiento, aunque sumario exige audiencia previa contra la sanción cabe interponer recurso de queja y responsabilidad (art. 128), sin que el recurso invalide la ejecución de las sanciones "que se harán desde luego efectivas".

#### 2.2.4.3.- Valoración del R.D.

El R.D. de 1867 es el primer indicio, y algo más, del papel que van a desempeñar en la historia de la libertad, o de la falta de libertad, las leyes "preventivas" que a partir de este momento toman carta de naturaleza

definitiva en España. A partir de ahora el mejor sistema de prevenir la infracción y el desorden será limitar la libertad y aumentar los poderes de control y sanción del aparato represivo; de modo muy fundamental el poder ejecutivo, Gobierno y Administración, juega aquí su rol de defensa de los intereses del bloque en el poder, como titular del poder de declarar suspensas las garantías y como titular del ejercicio de múltiples medidas represivas y preventivas, ejercidas desde sus prerrogativas. Y todo ello en un marco sumamente indeterminado; la confusión del art. 1 del R.D. es el mejor índice de lo que señalamos: desde el orden callejero, -el viejo orden de los tumultos y asonadas- hasta la disciplina del Ejército, desde el respeto a la dinastía reinante hasta la moral, desde los cuerpos colegisladores hasta la Religión... no se acaba de encontrar una razón de unidad, más aún si pensamos que, dado el marasmo de bienes jurídicos protegidos= la enumeración forzosamente debe ser abierta (236). Para

---

(236) Está fuera de toda duda que los conceptos jurídicos indeterminados o conceptos jurídicos de aluvión aportan una ventaja al aparato represivo, al ser ellos quienes determinan su alcance. La constitución resultada hipotecada por la ley cuyo alcance viene determinado por la autoridad o funcionario. Las garantías desaparecen y se afianza el papel del grupo en el poder, como señor de la ley.

colmo de indefensión, el art. 1 rompe el principio "non-bis in idem" al señalar que "es delito o falta contra el orden público, además de lo que pueda envolver en otro - concepto...".

Otros muchos elementos analizados con anterioridad hacen acto de presencia. Junto a la reseñada indeterminación y falta de garantías procesales, se encuentra el arresto subsidiario reforzado con la ejecutividad de los actos administrativos, la dependencia del poder judicial con respecto al Ejecutivo... La legislación preventiva de orden público trata únicamente de ofrecer mecanismos represivos delimitando las garantías ciudadanas y reforzando al Ejecutivo, incluso con detrimento de las competencias de otros órganos. Así se impide el control parlamentario de la medida, se debilita la independencia de la Magistratura (basta leer los manifiestos de los partidos para observar la insistencia y la independencia judicial y la unidad jurisdiccional como garantías) y se limitan las garantías en materia de sanciones (237). Es un --

---

(237) En la crítica a estos aspectos me remito a lo dicho con anterioridad y a lo que señalamos con respecto a la ley de 1959 y normas complementarias.

continuo la desconfianza del grupo en el poder hacia el poder judicial y el procedimiento ordinario como si la independencia y objetividad de los jueces y tribunales fuera un riesgo permanente para la seguridad del Estado.

El Decreto de 1867 fue derogado el 22 de julio de 1869 que declaraba la vuelta a la ley de 1821. Sin embargo, las distintas circulares de Sagasta a los gobernadores civiles empañaron el carácter progresivo de la medida. Los republicanos atacaron el Decreto y las circulares por considerarlas como atentadoras contra los derechos individuales (238).

---

(238) A consecuencia de los hechos de 21 de septiembre, en Tarragona, en que fue asesinado el gobernador civil en funciones, el 28 se remite una circular particularmente dura. La crítica que la minoría republicana federal hace a esta circular puede ser un índice de todas las demás. El manifiesto de los diputados de dicha minoría publicado el 29 de septiembre de 1869 decía: "nosotros no podemos reconocer al Gobierno facultades para poner su autoridad administrativa sobre la autoridad de la Nación ...". Es y será una constante en materia de orden público el uso y abuso de

2.3.: La ley de orden p ublico de 20 de julio de  
1870 (239)

---

normas de rango legal ínfimo, con conminaciones -  
en la línea jerárquica o "aclaraciones", tanto del  
Ministerio de la Gobernación como de la Fiscalía -  
del Tribunal Supremo. Algunas de estas circulares=  
(29 de noviembre de 1868 sobre reuniones; 3 de noviem  
bre de 1868; 25 de setiembre de 1869) se encuentran=  
recogidas en M. Alarcón Caracuel "El Derecho de Aso-  
ciación obrera en España (1839-1900)" Revista de Tra  
bajo, Madrid, 1975, págs. 347 y sigs.

- (239) La ley consta de noventa artículos y adicionales. --  
De la importancia del "procedimiento" es síntomáti-  
co que se le dediquen los artículos 43-90 y que in-  
cluso en los 42 artículos primeros se encuentra re-  
ferencias, así los artículos 25-30 sobre estado de  
guerra; artículos 16-19 sobre la autoridad judicial  
ordinaria.

Entre otros comentarios a la ley pueden con-  
sultarse los de Gómez de la Serna, Posada, Santa-  
maría de Paredes, Oliván...



La filosofía política de que se parte queda su  
ficientemente clara en el Dictamen de la Comisión redac-  
tora del proyecto:

"Que el Orden Público es la necesidad más impe  
riosa de los pueblos, como que sin él no se ~~re~~  
concibe la libertad, la garantía más segura de  
los derechos y los intereses de toda sociedad,  
es una verdad evidente, reconocida por todos -  
los publicistas, cualquiera que sea la escuela  
a que pertenecen.

"Y si esto es tan cierto como lógico, no lo es  
menos que la satisfacción de aquella necesidad  
es una de las aspiraciones, el objeto más pre-  
ferente de cuantos constituyen la práctica de ~~v~~  
todos los Gobiernos, que, según los principios  
a que obedecen y las condiciones de su existen-  
cia, han planteado y seguido a este propósito-  
uno de los dos sistemas que vienen muy ~~de~~ an  
tiguos luchando en el terreno de la política, el=  
preventivo y el represivo".

"Los Gobiernos absolutos, los Gobiernos que no  
viven de la opinión público, los que no acep-  
tan que legítimas manifestaciones como única -  
regla de conducta, han practicado siempre, con  
mejor o peor criterio, con más o menos tiran-="

tez, el primero de aquellos sistemas a título de conservar el orden público, que no se comprende, que no puede existir, ni mantenerse - sino se rinde constante tributo de respeto a la libertad individual, al derecho y la dignidad del hombre, porque si la opinión pública no puede manifestarse, el orden público es una quimera. La libertad es el único medio de realizar el orden, y por eso no se concibe este - sin aquella . (240). Por esta razón aquellos gobiernos recelosos y suspicaces, rémora constante de la actividad humana, han sucumbido con - estrépito e impulso de la opinión pública, reina y señora del mundo que, no pudiéndose imponer por los medios naturales ha ejercido su imperio legítimamente rompiendo las ligaduras que oprimían la libertad.

"Felizmente la revolución de 1868, producto de la opinión pública ha proscrito tan funesto sistema, y al condenarle, las Cortes, Constituyentes consagraron en el título I del Código fundamental vigente, su más gloriosa página, el libérrimo ejercicio de los derechos individuales, sin más límite que el del deber, o sea el respe-

---

(240) El subrayado es mío (JAP).

to a los derechos de los demás. La opinión pública puede manifestarse legítimamente, sin trabas de ninguna clase, y el ejercicio de los derechos individuales garantiza la existencia del orden público, que resulta de la libertad de todos. La sola conquista de estos imprescriptibles derechos bastará para que las futuras generaciones la bendigan y recuerden con respeto, porque esas garantías no pueden abolirse ni suspenderse por gobierno alguno, ni aún en las circunstancias más difíciles, por grave que sea el estado del país, haciendo de este modo imposible el despo--tismo".

El art. 1 señala que:

"Las disposiciones de esta ley serán aplicadas -únicamente cuando se haya promulgado la ley de -Suspensión de garantías a que se refiere el art. 31 de la Constitución, y dejarán de aplicarse -"cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes".

La ley, sin embargo, no ofrece un concepto de orden público, aunque sí distintos criterios indicativos.

### 2.3.1.- Concepto de orden publico

Los criterios contenidos en el dictamen de la Comisión Redactora del proyecto aporta los primeros elementos principalmente el hecho de poner en relación la idea de orden con la de libertad: "la libertad es el único medio de realizar el orden, y por ello no se concibe éste sin aquélla". Un segundo criterio lo aporta el párrafo primero del art. 2 (241), cuando habla del objeto de la ley. Su sentido es tremendamente confuso, sin olvidar que la confusión es, en esta materia, una de las notas características; confusión e indeterminación parecen ir unidas indisolublemente. Por un lado aparece el -

---

(241) "Art. 2º. Son objeto de esta ley: 1º las medidas gubernativas que las autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público, y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público, que la vigente ley penal condena. 2º La competencia de los jueces y tribunales en las causas criminales que se formen sobre dichos delitos, y el procedimiento a que éstas han de ajustarse".

término en su más pura acepción de concepto jurídico in determinado, al referirse a las medidas gubernativas para mantener y restablecer el orden público (242) y, por otro se habla de medidas para prevenir "los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público, -- que la vigente ley penal condena". La referencia al orden público como función del Ejecutivo engloba tanto la prevención de delitos contra el orden público, tipificados en el Código penal, como la prevención de delitos -- contra la seguridad del Estado o contra la Constitución o cualesquiera otro tipo de conductas capaces de alte==rar el orden. Pero el concepto permanece confuso, quizá porque la confusión, querida y buscada en casi todos los casos, es su más relevante característica a fin de dejar

---

(242) Aquí juegan los elementos interpretativos del dictamen, completados en el art. 2 de la misma Ley: -- "los deberes y atribuciones de la autoridad en el estado de agitación alarma, desorden o tumulto, se subordinarán a lo que prescribe esta ley y el art. 181 del Código Penal".

las manos libres a los titulares del poder. Un análisis crítico del concepto debe poner de manifiesto las "ventajas" que concede, a quién las concede y frente a quién.

Tampoco el Código penal nos saca de dudas. El vigente en la fecha de la ley es el que ha resultado de las modificaciones de 1850. Desde el punto de vista de los "desórdenes públicos" el Código de 1850 utiliza el término en un sentido amplio, castigando la conspiración y proposición en todo caso, constante que se repite en las reformas llamadas "autoritarias", frente a las llamadas "liberales" que vuelven al criterio de 1848 en el -- que la conspiración y proposición solo son punibles cuando la ley las pena especialmente. Del mismo modo el Código de 1850 reordena, en relación al de 1848, los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público (243).

Tampoco es más explícito el de julio de 1870,= aunque goce de una sistemática más perfecta y presumiblemente en el mismo espíritu que la Constitución y la ley=

---

(243) Cfer. Rodríguez Devesa, "Derecho penal español. - Parte general", 4ª ed. Madrid, 1974, págs. 92-93.

de orden público. La necesidad de la reforma del Código de 1850 se planteó a poco de su aparición. Luego de == 1868 los intentos se aceleran si bien la reforma queda ra aplazada hasta la aprobación de la constitución (1= de junio de 1869) por la necesidad y conveniencia de - tener presentes las aportaciones políticas de la Cons- titución. Como señala Rodríguez Devesa, "donde las mo- dificaciones fueron de mayor monta, como era natural - dada la finalidad de la reforma, fue en los delitos == contra el Estado" (244). El Código de 1870 al hablar - de delitos contra el orden público se refiere a rebelión y sedición, atentados contra la autoridad y sus agentes, así como desacatos, insultos... y un genérico y farrago- so "desórdenes públicos" que se remite a conductas como= alterar el orden de los tribunales, quebrar el orden pa- ra causar injuria o sabotear las líneas del ferrocarril... Interesa resaltar, sin embargo, que, al menos sitemática- mente, estos llamados delitos contra el orden público apa- recen diferenciados de los delitos contra la Constitución y contra el libre ejercicio de los derechos concedidos == por las leyes. Alegar que sólo se trata de un problema -

---

(244) Ibidem, pág. 96.

de clasificación no alivia la dificultad. Las clasificaciones, en Derecho penal, atienden a bienes jurídicos - que se entienden diversos.

De todos modos una clasificación no es un dato definitivo. Hurgar en el Código penal tiene sentido como un indicativo más de la confusión con que el legislador se mueve en esta materia y de cómo la confusión es su carácter más notable, al tiempo que, por otro lado, el orden público acaba siendo contemplado preferentemente, y en ocasiones exclusivamente, como la seguridad de los elementos de los aparatos de Estado (órganos y titulares). El mismo dictamen ya citado justifica la -- suspensión de garantías cuando así lo exija "la seguridad del Estado", que, a su vez no puede ser identificado con el concepto de seguridad del Estado del Código penal, lo que queda ratificado, siquiera, por las continuas y reiterantes alusiones que hace la ley de orden público a la rebelión y sedición, que el Código penal engloba en "delitos contra el orden público". Este dato es preciso tenerlo en cuenta en adelante: el alcance -- del término orden público como función del Ejecutivo <sup>no</sup> se identifica con el orden público del Código penal.

Son, sin embargo, los escritos y discursos políticos y las normas de rango inferior - de modo fundamental las circulares de la Fiscalía del Tribunal Supre



mo y del Ministerio de la Gobernación- quienes en mayor-  
medida contribuyen, o pueden contribuir, a aclarar el --  
sentido de este concepto.

Las deficiencias del concepto de orden público material habían sido criticadas ya en el período anterior. Curiosamente uno de los análisis más lúcidos es hecho por Cánovas... en un momento en que no ha llegado al Gobier--no. En su discurso en la sesión del Congreso de 11 de a--bril de 1867 y en relación con la ley de orden público de marzo de dicho año contrapone orden material resultaño de la coacción y orden moral. Este segundo tiene su base en--determinados principios (religiosos, políticos, adminis--trativos...) en las leyes y su respeto y en el hecho de --que al tiempo que el ciudadano cumple las leyes, se le de--ja gozar del libre ejercicio de todos los derechos que ya las leyes conceden; y concluye su discurso, "se trata, se--ñores diputados, de saber siempre si los intereses que se sacrifican, si los derechos que se abandonan, si los perjuicios que se sufren son o no más importantes que el orden público: hay un peso, una medida de esto, que no puede abandonar jamás ningún gobierno el cual y la cual ----consisten en llevar el orden donde no sea peor (...) que=

el desorden mismo" (245).

---

(245) Esta idea, orden material orden moral, se va a convertir en una cláusula de estilo, a partir de la - Restauración, en todos los gobiernos conservadores. Así ocurre en una serie de circulares de febrero de 1875, firmadas por Romero Robledo, al dirigirse a - los gobernadores civiles señalando criterios y re==glas para la conservación del orden público. Hay ==dos casos más concretos y más explícitos de febre==ro del mismo año que aclaran más el alcance del orden material y el orden moral. Uno es la R.O. de 7= de febrero de 1875 Romero Robledo: tratando de justificar la suspensión de garantías invocará la equidad y la justicia: "la suspensión o limitación de - los derechos políticos en este interregno parlamen-tario obedece, pues, no solo a la fuerza impulsora= de las circunstancias, sino al deseo de no atribuirse al Gobierno más facultades que las que son indis-pensables para conseguir la paz y mantener el orden con los preceptos de la justicia y la equidad; no - suspenderá los derechos políticos cuando se trate - de sus adversarios y mantendrá su ejercicio cuando= se trate de sus amigos...".

---

Con fecha 26 de Febrero del mismo año el Marqués de Orovio, Ministro de Fomento, envía una circular a los Rectores de Universidad limitando la libertad de cátedra. En él se hace una breve exposición de lo que puede entenderse como orden moral: "de poco o nada sirve a los gobiernos procurar restablecer el orden material, base y fundamento de todo progreso y garantizar para lo sucesivo la paz pública, fomentando los intereses materiales, si a la vez no se ocupan del orden moral educando e ilustrando convenientemente a los pueblos, dando la paz a las conciencias cuando se encuentran inquietas o perturbadas, y garantizando los fueros de la ciencia comprometidos más que nunca cuando la pasión y el vértigo revolucionario la conduce al error en nombre de una libertad ilimitada y absoluta". Las medidas adoptadas eran prohibición de enseñar algo contrario al dogma católico, o contra la Monarquía y el régimen político y un estricto cumplimiento de los programas.

Muerto Cánovas la idea perdura, aplicada en cada momento a situaciones diferentes. Sirva, por vía de ejemplo el preámbulo de R.D. de 12 de setiembre de 1890 por el que se suspenden las garantías en Vizcaya: "recientemente ya por intenso afán de notoriedad, ya por verdaderas neurosis que se producen por causas bien conocidas=

En fechas posteriores Azcarate en el "Régimen parlamentario en la práctica" (246) tratará el tema. Luego de diferenciar orden material (ausencia de desórdenes), orden legal (resultado del imperio de la ley que obliga a todos -gobernantes y gobernados- y que funda el orden público material) y el orden de Derecho (expresión de la Justicia) concluye:

"Pues bien, entre estas tres esferas del orden público: el material, el legal y el de derecho,= hay tan estrecha relación que donde el último es tenido en cuenta y el segundo es respetado, el primero se mantiene fácilmente y es duradero y estable; mientras que, por el contrario, donde -

---

en colectividades como en individuos aislados, se han determinado manifestaciones en la prensa, asociaciones y reuniones públicas, que sin alcanzar importancia ni por el número ni por la condición de las personas, ni constituir el menor riesgo para el orden material atacan con tal audacia el sentimiento de la patria común, expresan con tan desatinada insistencia propósitos de romper el vínculo nacional que constituyen una perturbación del orden moral y una mengua para un país que ha alcanzado la unidad a tanta costa y que no puede consentir verla repudiada ni vilipendiada impunemente"

(246) O.c. pág. 200 y sigs.

eso no sucede, la sociedad vive en una constante anarquía, mansa o encrespada, y se encuentra como fuera de su asiento, fuera de su centro de gravedad. ¿Cómo es posible pedir a los hombres que acaten las leyes y vivan en paz a su sombra, lo mismo cuando en ellas se consagra su libertad que cuando por virtud de ellas son esclavos?. ¿Cómo es dado exigir de todos el mantenimiento de la paz en nombre de la ley, lo mismo cuando las autoridades son fieles custodios de ésta, que cuando son los primeros a menospreciarla y vilipendiarla?. ¿Cómo, finalmente, esperar de los individuos y de la comunidad el mismo respeto para la legalidad, la misma buena voluntad para vivir conforme al derecho positivo, cuando éste es justo, que cuando este es injusto o acaso inicuo?.

Tan cierto es esto, que allí donde la relación entre estas tres esferas del orden se mantiene en la forma que la razón pide, las revoluciones son casi imposibles, y si por acaso hay alguien que intenta turbar la paz pública, la sanción social le condena como verdadero delincuente y no como hombre extraviado. Por el contrario donde se cierra la puerta a la sucesiva encarnación de los nuevos principios en las leyes, y donde estas caen en un manifiesto desprestigio, porque los ciudadanos y los poderes públicos, en vez de rendirles escrupuloso acatamiento, las eluden o las violan y falsea resulta, de un lado, que los patrocinadores de las ideas amordazadas y perseguidas piensan y sueñan constantemente con la remoción del obstáculo material que se opone al triunfo de aquellas, y de otro, que el entronizamiento de la ilegalidad y el ejemplo de la arbitrariedad en las alturas, no solamente engendran la indisciplina en la sociedad y despiertan el instinto revolucionario en los mejor dispuestos a darles aliento, sino que al cabo de terminan una verdadera revolución en condiciones -

de perfecta legitimidad. Porque la experiencia enseña que esos grandes y provechosos movimientos estallan cuando, a causa de la guerra que se hace a las ideas progresivas y del menosprecio de las leyes, del cual son consecuencias naturales la inmoralidad en la esfera de los poderes oficiales y la injusta distribución de los impuestos, resultan heridos a la vez una idea, un sentimiento y un interés; esto es, cuando llegan a coincidir el desorden político, el moral y el económico, porque si el primero afecta sólo a algunos, el segundo afecta a muchos y el tercero a todos" (247).

Los mismos conceptos o muy parecidos aparecen en Santamaría de Paredes. Distingue entre orden jurídico (el orden legal de Azcárate) y el orden público material. "El orden jurídico resulta del exacto cumplimiento del Derecho por parte de todos, así autoridades como súbditos..." el orden público, en cambio, es una manifestación del orden jurídico que consiste en la "tranquilidad en que la población vive, entregada a sus ocupaciones habituales sin interrupción en ellas que las moleste ni peligros que amenacen indistintamente a sus individuos" (248).

---

(247) O.c., pág. 209

(248) Citado por Royo Villanova, "Elementos de Derecho administrativo", 21ª ed. Valladolid, 1948, págs. = 339-340.

Estas ideas son comunes a todos los pensadores, juristas y políticos del momento. Ahora bien no se trata de elaborar bellas teorías sobre la libertad. El caso de Cánovas -contradicción entre teoría y práctica- no es aislado, antes al contrario supone una constante. Sagasta ofrece igualmente abundante material en el seno de la misma contradicción: "semejante al vapor, la libertad no ofrece peligros sino cuando se la comprime, obligándola a estallar con destructora violencia: lejos, por tanto, de ser las reuniones pacíficas un elemento perturbador, contribuyen, por el contrario, a esclarecer la verdad, proclamar la justicia, precaver disensiones y garantizar el orden, - que sólo es verdadero allí donde se respeta el derecho y - se sanciona la libertad sin suspicaces temores (249); "cuando no hay libertad no existe culpa, y no la ha tenido por tanto el pueblo desde larga fecha imposibilitando de moverse fuera de la órbita que trazar convenía a Gobiernos para quienes el silencio y la inmovilidad eran la expresión del malamente llamado orden público" (250); "para alejar toda sospecha de que el Gobierno intentara debilitar estas pre-

---

(249) Decreto de 1 de noviembre de 1868 (derecho de reunión

(250) Decreto de 20 de noviembre de 1868 regulando el derecho de asociación.

ciosas conquistas de la revolución, cuidó de consignar - en los Decretos sobre reunión y asociación el principio de libertad, sin otra limitación que la impuesta por las exigencias del orden material, indispensable para el ejercicio de todos los derechos populares" (251).

Así, el orden público no puede ser entendido más que desde el conjunto de las normas elaboradas y desde su aplicación; sólo ésta es capaz de precisar el alcance del orden público.

2.3.2.- Suspensión de garantías y concentración de poderes.

La ley de 1870 no se limita a enumerar conductas y establecer un procedimiento más o menos sumario, como en 1821. La ley responde a planteamientos nuevos en torno a la idea de policía administrativa intervencionista; - por ello, hay una preeminencia de los aspectos preventivos.

De entrada hemos de anotar que la única limitación eficaz a la concentración de poderes por el Ejecutivo

---

(251) Circular de 29 de noviembre de 1868 previniendo a los gobernadores civiles sobre abusos en el ejercicio del derecho de reunión.



es la necesaria intervención de las Cortes en el proceso= de declaración de suspensión de garantías; intervención - que ratifica la Constitución y la ley de orden público.

Publicada la ley de suspensión de garantías se considera declarado el estado de prevención y alarma. La declaración del estado de guerra es también competencia= de la autoridad civil que resigna el mando en la militar, lo que puede hacer tanto desde el primer momento si así - lo aconsejan las circunstancias, como si declarado el estado de prevención y alarma se agravaran las causas que - lo motivaron haciendo ineficaces las medidas previstas.

A pesar del art. 1 de la ley -"las disposicio== nes de la ley serán aplicadas únicamente cuando se haya - promulgado la ley de suspensión de garantías"- y del texto del dictamen -"en ese período grave y extraordinario - es cuando únicamente ha de regir la ley de orden público"-, por Circular de 19 de junio de 1870 se fijó que la pres== cripción del art. 1 sólo se refería a los preceptos lega== les contrarios a los establecidos en la Constitución, no - siendo necesaria la suspensión de garantías para cumplir - lo prevenido en los arts. 11-15 de la ley, relativos a encargarse del mando la Autoridad militar sin declaración == del estado de guerra. Así pues la aplicación de la ley de orden público podía ser parcial o total, y la aplicación -

parcial podía hacerse tanto suspendidas las garantías - constitucionales como si no estaban suspendidas. Como dice Gascón y Marín, "podía en virtud de la suspensión de-clararse el estado de prevención y alarma, ejerciendo el mando la autoridad civil... Podía declararse el estado de guerra y no estar suspendidas las garantías constitucionales. Finalmente, podía en cada uno de los casos de aplicación parcial llegarse a la aplicación total, ya con la posterior declaración del estado de guerra ya con la suspensión de las garantías en las respectivas situaciones" (252) Posteriormente una Circular de 10 de agosto de 1885 precisará de nuevo el alcance de los arts. 12 y 13 de la ley señalando que si se produce rebelión o sedición y si los a motinados hostilizaran a la autoridad militar, ésta tomará el mando asumiendo las atribuciones del estado de guerra, que se entiende declarado de modo provisional debiendo ser convocadas las tres autoridades: civil, judicial y militar, por la autoridad civil.

---

(252) "Tratado de Derecho administrativo" t.II, C. Bermejo, Sevilla, 1949, pág. 305; en igual sentido Santa maría de Paredes, "Curso de Derecho administrativo", 2ª ed. Madrid, 1888, pág. 307.

A la hora de definir las medidas administrativas, la ley deja, otra vez, las manos libres al Ejecutivo; así, declarado el estado de prevención, la autoridad civil se halla facultada desde dicho momento "para adoptar cuantas medidas preventivas y de vigilancia conceptúe conveniente a fin de asegurar el orden público" (art. 3). La ley por su "índole adjetiva" (preámbulo) no modifica la penalidad de los delitos. Como señala el Dictamen de la comisión redactora, "aún en los momentos de mayor peligro para la Patria y en que más gravedad entrañen aquellos, se aplicará la ley únicamente como en circunstancias ordinarias. Bien hubiera querido la Comisión variar la penalidad conforme el criterio unánime de sus individuos; pero - comprende que esa reforma sólo incumbe a la ley sustantiva, y reserva esa gloria a otra Comisión de las Cortes".

A pesar de estos propósitos la concentración de poderes en el Ejecutivo y el afianzamiento del aparato represivo acaba produciendo un debilitamiento de las garantías constitucionales, superior al que tolera la letra de la Constitución, al romper el principio de tipicidad de las medidas, de modo muy especial en el estado de prevención y alarma. Así justifica el dictamen esta postura: "en ese período grave y extraordinario es cuando únicamente - ha de regir la ley de orden público, cuyo proyecto tiene el honor la Comisión de someter a la deliberación de las=

Cortes. Ante los peligros que pudiera sobrevenir al Estado si se limitase demasiado la acción de las autoridades en el orden gubernativo, ha creído la comisión - que en el período crítico de la suspensión legal de las garantías constitucionales deben aquellas adoptar libremente cuantas medidas de vigilancia, precaución y prevención les sugiera su celo y aconseje su prudencia, su criterio y patriotismo, para salvar los altísimos intereses sociales amenazados, siempre dentro del círculo del repetido art. 31 de la Constitución. Y no recela la Comisión que al moverse las autoridades dentro de la órbita de aquel artículo constitucional, inspiradas del más patriótico deseo, del elevado propósito de mantener o restablecer el orden y salvar las instituciones, abusen de sus facultades en perjuicio de la Sociedad, cuando las cortes, ante las que ha de presentarse el Gobierno a dar cuenta del uso que haya hecho de su extraordinario poder, han de examinar solemnemente, apreciar y juzgar todos sus actos" (253).

---

(253) El subrayado es mío (JAP). De aquí a poder decir - que los intereses de la autoridad se identifican - con los del Estado el paso es mínimo; es su "patriotismo" quien determina cuándo se produce el riesgo, el momento de la reacción y el cómo. Esta llamada - al patriotismo la encontramos también en el proyecto de Primo de Rivera.

2.3.3.- Medidas de policía y sanciones gubernativas

2.3.3.1.- Declaración del estado de prevención y alarma y del estado de guerra.

En ambos casos se requiere la suspensión de garantías por las Cortes (art. 1). El Estado de guerra exige además que la Autoridad civil resigne el mando en la militar (art. 20), si bien en la capital de la Monarquía o allí donde resida el Rey o la Regencia del Reino se requiere autorización del gobierno (art. 15). La suspensión de garantías debe ser levantada por las Cortes (art. 1).

2.3.3.1.1.- Estado de prevención y alarma

Las medidas son de muy diversa naturaleza. Entre otras, "excitar de oficio a la autoridad judicial para que proceda contra los que comprenda que son responsables" (art. 4); disolución de grupos en la vía pública (art. 5); limitaciones a la libertad de expresión (art. 6); internamientos administrativos, confinamientos, destierros y limitaciones a las libertades de circulación y domicilio (arts. 7-9); atenuaciones a la inviolabilidad de domicilio, aunque se requiere que se realice por la autoridad o delegado previa "orden formal y escrita" --

(art. 10); nada se dice en concreto sobre limitaciones - a los derechos de reunión y asociación que pueden ser -- suspendidos, hay que entender que en esta materia se dictarán las medidas que se crean "convenientes" (art. 3).= Las medidas concretas son unicamente una enumeración de= lo que se puede hacer, al tiempo que, en todas ellas, la propia ley establece cómo deben ser actuadas. El crite--rio determinanete es el del art. 3. "Publicada la ley de Suspensión de Garantías a que se refiere el artículo 1º, se considera declarado por el mismo hecho el estado de -- prevención, hallándose facultada desde ese momento la -- Autoridad civil para adoptar cuantas medidas preventivas y de vigilancia conceptúe conveniente a fin de asegurar= el orden público".

#### 2.3.3.1.2.- Estado de guerra

El efecto fundamental de su declaración es la delegación de competencias, en materia de orden - público, de la Autoridad civil a la militar, tanto en lo procesal (Tribunales militares) como en lo administrati=vo, si bien la Autoridad civil sigue conservando aquellas que no hagan referencia al orden público (art. 25) y de - éstas últimas aquellas que le delegara la autoridad mili=tar, con la que debe colaborar de todas maneras.

"La autoridad militar, en el estado de -

guerra, podrá adoptar las mismas medidas que la civil y las demás a que esta ley le autoriza" (art. 31), pudiendo restablecer el orden y el prestigio de la autoridad -- "a todo trance" (art. 26).

"Para declarar levantado el estado de guerra, -- luego que haya terminado la rebelión y la sedición, se celebrará previamente un Consejo por las autoridades mili-- tar, civil y judicial de la capital de la provincia decla- rada en dicho estado de guerra; y si hubiera unanimidad -- de votos, se llevará a cabo el acuerdo, dándose inmediata- mente cuenta al Gobierno. Si el acuerdo no fuere por una- nimidad sino por mayoría de votos, no se llevará a cabo -- interin el Gobierno, a quien se dará asimismo cuenta con- urgencia, no resuelva lo que corresponda en Consejo de -- Ministros. Sólo al Gobierno corresponde levantar el esta- do de guerra cuando haya hecho la declaración en los ca-- sos que determina el artículo 15" (art. 32).

#### 2.3.3.2.- Sanciones gubernativas:

Tanto la autoridad civil (en el estado de prevención y alarma) como la militar (estado de guerra) -- pueden fijar penas de privación de libertad y sanciones -- económicas que en caso de impago suponen arresto sustitui-

torio. Las penas y las sanciones pueden imponerse a la -  
par o separadamente (254).

---

(254) Las sanciones son:

a) en estado de prevención y alarma:

-alcalde: hasta 125 ptas. y 8 días de arresto.

-Gobernador: hasta 250 ptas. y 15 días de arresto.

b) en estado de guerra:

-autoridad inferior: hasta 125 ptas. y 8 días de arresto.

-autoridad superior: hasta 250 ptas. y 15 días de arresto.

El arresto sustitutorio no puede exceder de los días de sanción que pueden imponer aquellas autoridades -  
(art. 37 y 38).

Para calibrar el alcance de dichas sanciones podemos señalar que el precio del pan de 700 gramas en julio-agosto de 1870 es de 29'5 cts. de peseta en Barcelona, 25 cts: en Córdoba y 22'5 en Jaén, por indicar máximos y mínimos. Los salarios, en reales, son igualmente variables, así 11-12 reales cobra un albañil en Cataluña y 10-14 en -



Las sanciones son ejecutivas (arts. 41 y 42), si bien frente a las sanciones de "la Autoridad superior civil de la provincia, la militar del distrito y el comandante militar de la provincia" cabe recurso de revisión - cuyo fallo es ya ejecutivo. En cuanto a las sanciones de las autoridades inferiores que impongan arresto se llevarán a efecto desde luego. Sin embargo de su ejecución, dichas autoridades, con copia literal de la providencia, la consultarán con las superiores respectivas, en el mismo día, siendo posible, y los arrestados podrán acudir ante éstas por escrito o por conducto de las inferiores, exponiendo lo que tengan por conveniente. Las autoridades inferiores, exponiendo dirigirán inmediatamente a su desti-

---

Andalucía; los carpinteros se mueven en índices parejos así como los salarios de los obreros siderúrgicos. Los destajos, lógicamente, tienen salarios más altos. - Las jornadas de trabajo eran de 10-14 horas. Cfer. Tuñón de Lara, que se refiere a los trabajos de Carlos Seco, Sarda, Conard, Sánchez Albornoz... en "El movimiento obrero en la historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 178-183.

no estas reclamaciones con su informe; y si se hicieren dentro de las primeras veinticuatro horas de la ejecución de sus providencias, limitándose a cursarlas e informarlas. Las providencias en que se impongan multas menores de 30 ptas. son ejecutivas también desde luego, y se observará respecto de ellas lo determinado en el artículo anterior. Las providencias en que se imponga una multa mayor de 30 ptas. no se llevarán a efecto hasta que la autoridad superior respectiva, recibida la consulta, o la reclamación en su caso, hecha por el multado en las primeras veinticuatro horas siguientes a la notificación, con el informe de la Autoridad que impuso la multa, confirme, modifique o revoque dicha providencia, cuya superior resolución será ejecutada sin ulterior recurso".

#### 2.3.4.- Procedimiento

La normativa de naturaleza muy diversa, pero dirigida, eso sí, a dar rapidez al procedimiento, lo que se consigue a costa de disminuir las garantías procesales. Constituye una característica de todos los procedimientos de urgencia la preocupación por la rapidez y ejemplaridad de la sanción antes que por cualquier otro valor. El procedimiento trata de aunar el miedo, como elemento preventivo, con el reforzamiento de la actividad de los órganos represivos.

En el procedimiento de la autoridad civil ordinaria no cabe promover contienda de competencia (art. 45); y estas causas tienen preferencia sobre cualquier otra (art. 17 y 48), en segunda instancia "los jueces y tribunales no tendrán para estas causas horas determinadas de despacho, y utilizarán el día y la noche por todo el tiempo que sea necesario según la urgencia del caso, a juicio de los mismos" (art. 88). Los plazos se reducen en gran medida (la ejemplaridad de la sanción va unida a la rapidez con que se sustancia) y debe evitarse todo careo, cita, diligencia... que no sea de reconocida importancia (art. 50), "cuando sean varios los procesados, si pudieren hacer juntos su defensa, se les obligará a que la verifiquen bajo una misma dirección" (art. 61).

Es competente el juez de primera instancia del lugar donde comenzare la subversión, si esta estallara en dos o más lugares a la vez todos los jueces instruirán las primeras diligencias y las remitirán al más antiguo, pero el Gobierno y las Salas de Gobierno de las audiencias pueden someter el conocimiento de la causa al juez de primera instancia que consideren conveniente (art. 44). De nuevo, como en el R.D. de 1867, el Gobierno puede intervenir en la autoridad judicial designando a juez conveniente. "En todo caso", es competente el juez que conozca del "delito principal" (art. 46).

Junto a estas medidas se establecen otras como prisión preventiva de los que aparezcan culpables sin que quepa libertad bajo fianza o caución mientras duren los estados de alarma o guerra (art. 55). Y, sobre todo, que el art. 22 b) supone, al menos en lo que regula (255), la inversión de la carga de la prueba:

"serán considerados como presuntos reos los que se encuentren o hubieren estado en los sitios del combate durante éste, sin perjuicio de probar su inculpabilidad, hallándose en el mismo caso los que sean aprehendidos huyendo o escondidos después de haber estado con los rebeldes o sediciosos".

En estado de guerra son competentes los Consejos de guerra ordinario cuando intervengan en los hechos:

- a) "militares de mar y tierra en activo servicio; las causas a que se refiere el párrafo anterior se considerarán de carácter militar cuando los rebeldes o sediciosos estén mandados por jefes militares y cuando el movimiento se inicie o sostenga por fuerzas armadas del Ejército o de la Milicia popular" (art. 27).
- b) "los jefes, los oficiales de la Milicia popular armada y los que es su defecto y de cualquier otro modo hagan veces de tales, y los rebeldes o sediciosos que en número mayor de doce individuos se levanten en armas o sostengan con ellas la bandera de la rebelión y

sedición en despoblado, si fueren aprehendidos - por fuerzas públicas, sean o no del Ejército permanente, destinadas a su persecución, ya por las autoridades militares, ya por las civiles.

Los jefes principales de una rebelión o sedición armada, de carácter no militar, durante el - período de guerra, quedan también sujetos al Consejo de guerra ordinario" (art. 28).

- c) "Todos los demás milicianos populares armados, y los que sin pertenecer a la Milicia popular tomen parte con armas en una rebelión o sedición y en - poblado, sean éstas o no de carácter militar, si- hicieren resistencia a las fuerzas públicas" (art. 29).

Los procesados podrán hacer uso de letrados en- ejercicio.

"Todos los demás que se consideren responsables en cualquier concepto de los expresados delitos de rebe- lión y sedición serán juzgados y sentenciados por la ju-== risdicción común y conforme al procedimiento a que por es ta ley ha de ajustarse" (art. 30).

---

(255) Dicho artículo se encuentra en el titulo II sobre - "estado de guerra", si bien, como veremos, la auto- ridad militar no conoce en todos los casos; aún en- estado de guerra puede ser competente la autoridad= judicial ordinaria.

#### CAPITULO CUARTO: Las reformas de la Restauración

La Constitución de 1876 supone la ruptura, al menos ideológica, con la de 1869. Ya la exposición de motivos del proyecto es consciente del cambio. En ella aparece como una gran preocupación el orden y el principio de autoridad. "Entre los que proclaman el absolutismo de los derechos individuales, y los que someten incondicionalmente el individuo a la tutela absorbente de Estado, hay en verdad antagonismo tan profundo, que en vano la razón humana pretenderá borrarlo: las reglas inflexibles de la lógica separan ambas escuelas, como las leyes eternas de la naturaleza oponen el mundo de la vida al reino de la muerte. Es preciso hallar una síntesis feliz que armonice el derecho del individuo con el de la sociedad: de lo contrario habría que sacrificar el principio de autoridad o la libertad del individuo. Por fortuna, las sociedades modernas, aleccionadas en la triste experiencia de muchas revoluciones, han encontrado solución a tan pavoroso problema, reconociendo la existencia de derechos naturales, que no son, sin embargo, absolutos, y negando aquel carácter a los derechos políticos que el Estado, como instrumento social necesario y permanente, otorga limita o modifica según el diverso desarrollo que en cada momento histórico alcanzan las naciones. Presentes, muy presentes ha tenido el Gobierno al aceptar como suyo el adjunto proyecto cons-

titucional la situación de España y el desagraciado ensayo de las libertades incondicionales y absolutas se ha hecho en los últimos tiempos. A esta causa obedecen principalmente las reformas que en el título primero (el que trata de los españoles) se proponen a la sabiduría de las Cortes".

Ya con anterioridad el Decreto de 29 de enero - de 1875, regulando la libertad de imprenta decía: "el establecimiento de reglas fijas y conocidas para el ejercicio de todos los derechos es más conforme con el espíritu liberal de las instituciones modernas y más ajustadas a sanas doctrinas de justicia que la arbitrariedad sin lími==tes por toda norma de conducta". Es una interpretación no=correcta de la Constitución de 1869 -ahí está la ley de orden público- pero válida como síntoma de la nueva situa---ción.

Es claro, de todos modos, que ante la Constitución de 1876 el dilema entre principio de autoridad y principio de libertad se da primacía al primero. Son constan==tes las alusiones a la "autoridad del Rey y su gobierno ==responsable", y en la medida en que es así se produce una=importante modificación "autoritaria" de los principios de interpretación del Derecho.

En lo referente a la suspensión de garantías, -

la regulación técnica y la letra de la Constitución es prácticamente igual, si bien introduce una modificación que, en la práctica, va a cambiar el sentido de la medida. Por la urgencia de la medida de suspensión de garantías la Constitución de 1876 autoriza al Gobierno, en determinados casos, a señalar por decreto la suspensión de garantías pero "sólo no estando reunidas las Cortes y --- siendo caso grave y de notoria urgencia podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías (...) acometiendo su acuerdo a la aprobación de aquellas".

De todas maneras, durante la Restauración, y de modo muy especial a partir de la aparición de las primeras normas de represión del anarquismo, se declaraba la suspensión sin que se aplicara el art. 4 de la ley (256), con lo que se aminoraba en cierta medida el rigor del procedimiento. La pretensión, de nuevo, es robustecer los poderes del

---

(256) Art. 4: "La autoridad civil excitará por oficio a la judicial para que proceda desde luego contra los que comprenda que son responsables, en algún sentido, de los delitos expresados en el art. 29".



Ejecutivo para hacer frente a hechos y situaciones no tipificados en el Código penal. Estas razones aparecen, -- por ejemplo, en el preámbulo del R.D. de 12 de setiembre de 1899 por el que se suspendían las garantías en Vizcaya. La suspensión se justificó por las deficiencias de la legislación penal al no estar tipificadas determinadas conductas como delito "a fin de facilitar dentro de las leyes vigentes, su represión" en tanto se regulaban dichas conductas.

La aparición del anarquismo por el especial carácter de sus actuaciones va a motivar una amplísima sucesión de normas.

#### 2.4.1.- Legislación contra el anarquismo

Con fecha de 9 de julio de 1894 (257) se a--- prueba una ley relativa a delitos efectuados por medio de

---

(257) Con anterioridad, ante la escalada anarquista ("Manonegra", atentado a Martínez Campos (24.9.1893), - bomba en el Liceo de Barcelona (8.11.1893) la Fisca lía del Supremo remitía una Circular el 17.11.1893 que concluía, "procurando que, cuando se realicen - las indicadas y cuantas acciones el Código penal de

materias explosivas que "en cuanto servía al principio de autoridad no pudo menos de escandalizar a algunos fies custodios de las esencias liberales" (258), llegando algún miembro del propio partido liberal, como Amat y Esteve a votar en contra (259). Así justificó Canalejas, --

---

clara punibles, la (autoridad) de nuestro Ministe--rio se haga sentir tan inmediata como inexorable".

(258) Fernández Almagro, "Historia política de la España contemporánea", Alianza Editorial, Madrid, 1969, -t. II, pág. 210.

(259) "... toda vez que esto no es un proyecto ministe--rial en el sentido de obligar a los individuos de--la mauoría a seguir el derrotero que el Gobierno -marca, yo puedo decir con toda libertad, acaso con todo error, que la parte primera del dictamen, que yo llamo penal, la encuentro excesiva, la encuentro dura, la encuentro innecesaria en alguna parte, en--tanto que la segunda parte, que yo llamo procesal,=sólo tiene en mi opinión, y he de hacer observacio--nes que demuestran mi tesis, solo tiene de plausi--ble el someterse al conocimiento del Tribunal del -jurado las causas que se van a llamar de hoy en ade

presidente de la Comisión encargada del informe, la ley= en el sistema de concesiones mutuas entre liberales y conservadores: "No; no podemos decirles a los representantes del partido conservador: aceptad el sufragio, aceptad el= Jurado, aceptad las grandes conquistas de la Democracia;= pero cuando lleguen momentos difíciles, y sea necesario - desafiar un riesgo, entonces en nombre de los principios= liberales, os diremos que no podemos aceptar las consecuencias de vuestros actos, con lo cual tendréis que barrenar esa legislación que habéis aceptado... La obra de legis==lar es cooperativa... No se puede poblar los espacios de= ambiente de libertad y de fórmulas de democracia, para negarle a la sociedad elementos defensivos cuando los ha de menester. Para gobernar en la libertad y en la democracia necesítase a veces fortalecer, enérgica y severamente, -- los resortes del Gobierno y los elementos del poder" ---= .

---

lante de explosivos y materias explosivas; explosivos y materias explosivas que todavía no sabe el Diccionario lo que son explosivos y materias explosivas que - todavía la ciencia no ha definido; medios y materias= que van a erigirse en principios de delitos, prece==dente desusado en nuestra legislación penal..." Dia==rio de Sesiones, Legislatura de 1894, sesión de 16.V. 1894, pág. 4215. Para Amat y Esteve era suficiente la

(260).

La ley constaba de dos partes: penal y procesal. En la primera, en algunos casos con evidente desproporción, como hicieron notar Vallet y Ribot, Azcárate, Amat y Esteve..., se castigaba a quienes atentaren contra las personas o causaren daño a las cosas por medio de explosivos con una gran pormenorización de circunstancias que llevaban aparejadas distintas penas llegando, en el caso más grave de desproporción, a castigar con pena de muerte "si se verifica la explosión en edificio público, lugar habitado o donde hubiere riesgo para las personas y resultare daño en las cosas" (art. 1,1º, párrafo 2º).

No sólo se penaba el autor sino también al provocador (art. 6) y la apología (art. 7); se penaba igualmente la fabricación de materias explosivas, su venta y tenencia. Por la gravedad de las penas, equipara autor -

---

aplicación del código penal. Criticaba la ley por preventiva.

(260) Fernández Almagro, O.c., pág. 210.

y provocador, y por lo que supuso de arma legal contra -  
la prensa anarquista merece ser destacado el art. 6:

"El que aun sin inducir directamente a otros a ejecutar cualesquiera de los delitos enumerados en los artículos anteriores, provocase de palabra, - por escrito, por la imprenta, el grabado u otro medio de publicación a la perpetración de dichos incurrirá en la pena señalada a los autores respectivos, si a la provocación hubiera seguido la perpetración, y en la inferior en un grado cuando no se realizase el delito".

De todos modos, como el mismo debate puso de -  
manifiesto (261) la ley hacía frente a acciones terroris  
tas, pero no se incluía en un contexto de medidas de mejora de las condiciones de vida de la clase trabajadora. Así Vallés y Ribot llegó a señalar:

"El terrorismo es manifestación tremenda del estado en que se encuentra el proletariado en el -- mundo. Es evidente, señores Diputados, que existe en nuestros días un desequilibrio manifiesto= entre las nuevas necesidades que van creándose y

---

(261) Una exposición del debate la encontramos en el ya-  
citado "El Derecho de asociación obrera en España"  
de M. Alarcón, págs. 291-299.

los medios que tienen a su disposición los ==  
proletarios para llenarlas; es evidente que ==  
también hay un desequilibrio extraordinario en  
tre los adelantos materiales y el progreso in-  
telectual y el progreso moral de esta misma cla  
se social (262).

La ley creaba un procedimiento especial, den-  
tro de la jurisdicción ordinaria que, aunque con carác-  
ter sumario, conservaba el fuero pues, según la exposi-  
ción de motivos, "sería tanto como dudar de la eficacia=  
de la jurisdicción ordinaria, sustraerle su conocimiento  
en circunstancias de normalidad constitucional".

Por ley de 2 de septiembre de 1896 se modifica  
la anterior reforzando la represión a través de dos medi  
das, la primera supone la agravación de las penas (263)=  
y la segunda pasando el conocimiento de determinados a---  
suntos a la jurisdicción militar (264). Además se le con-

---

(262) Ibidem, pág. 475.

(263) Se aumentaban las penas de privación de libertad y,  
caso de que siguiera muerte la pena no es "cadena -  
perpetua a muerte" sino muerte.

(264) Todos aquellos en que se siguiera muerte o se reali  
cen en edificio público, tanto si se verifica la ex  
plosión como si no. Si el delito era flagrante, el=  
procedimiento que correspondía era sumarísimo.

cedían al Gobierno ciertas facultades preventivas, como supresión de centros y períodos anarquistas o la posibilidad de destierro, si bien una circular de 16 de setiembre de 1896 reducía el alcance de estas últimas medidas "por ahora" a las provincias de Madrid y Barcelona (265), pero el 12 de agosto de 1897 se extendían estas facultades gubernativas a todo el país. Como señala M. Alarcón, "la ley del 96, hecha por los conservadores, fue una versión corregida y aumentada de la que los liberales hicieron en 1894" (266). El R.D. de 6 de septiembre de 1899 -- pretendió prorrogar su vigencia. Ante la oposición de las Cortes recobraron su vigor la ley de 1874 y el Código penal de 1870.

Aun habría un intento posterior, la denominada Ley Maura contra el terrorismo. Como señala Martínez Cua

---

(265) Por R.O. de 19 de setiembre de 1896 se creó un cuerpo de policía judicial, destinado al descubrimiento y persecución de los delitos que se cometan por medio de explosivos y una R.O. de 7 de octubre disponía que se procediera a la organización de dicha policía judicial

(266) M. Alarcón, O.c., pág. 299.

drado "respecto al problema sindicalista entre los partidarios de la "propaganda por el hecho", es decir del acto terrorista, el gobierno Maura no vió otra cosa que los aspectos del pasado. Intentó, a través de otro hombre fuerte, el Ministro de la Gobernación Cierva, resolver la cuestión como una ley antiterrorista que en la práctica consagraba una especie de atentado a las ya de por sí limitadas garantías constitucionales (267). Ante la fortísima oposición, tanto de grupos moderados como de la izquierda, oposición dirigida por el periodista Miguel Moya, el Gobierno - retiró la ley.

Junto a este tipo de normas dirigidas a agravar las penas o disminuir las garantías procesales vamos a encontrar otras de rango ínfimo (268) a través de las cuales

---

(267) "La burguesía conservadora", Historia de España Alfaguara t. VI, Madrid, 1973, pág. 427.

(268) En materia de terrorismo encontramos una circular - de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 13 de agosto de 1897, con motivo del asesinato de Cánovas, relativa a la propaganda de las ideas anarquistas: "La ley de 10 de julio de 1894 declarada vigente por la de 2 de septiembre de 1896 establece en su art. 7º -



el Ejecutivo utiliza sus propias plusvalías interpretando y definiendo el alcance de la Constitución y de la ley o disminuyendo la independencia de los Tribunales. Los intereses comunes de la alta burguesía y del Ejército (269), tratan de imponerse tanto ideológicamente interpretando - el orden o la moral pública, como generalización de sus - propios intereses o configurando nuevos delitos contra la seguridad del Estado utilizando el propio aparato de Estado al servicio de sus posiciones de privilegio. La influencia de esta supremacía se percibe nitidamente en la legislación en torno al movimiento obrero y en la relevancia -- dada a los militares, como elemento del aparato represivo= de defensa de los intereses de la burguesía que se plasma- rá en la ley de Jurisdicciones. En cuanto al primero vamos a centrarnos brevemente en los avatares de la constitución=

---

que la apología de los delitos y de los delincuentes penados por aquella será castigada con presidio co-- rreccional; y apología es, no solo presentar el hecho criminal como laudable, y como meritoria la conducta= del que lo ejecuta, como disminuir la enormidad de los delitos prestando a sus autores con caracteres que --- tiendan a hacerlos simpáticos y a disminuir el horror que sus inhumanos atentados deben inspirar".

(269) Cfer. Tuñón de Lara "Estudios sobre el siglo XI X - español. Siglo XXI, 3ª ed. Madrid, 1973, págs. 155-238.

de la sección de la Internacional en España (270) y a la celebración del 1 de mayo de 1891.

2.4.2.- Orden público y movimiento obrero

2.4.2.1.- La sección de la Internacional en España

La Internacional se establece en España= al amparo de la libertad de asociación reconocida en el= art. 17 de la Constitución de 1869:

"tampoco podrá ser privado ningún español:

Del derecho de asociarse para todos los - fines de la vida humana que no sean contra- rios a la moral pública..." aunque con las limitaciones del art. 19:

"A toda asociación cuyos individuos delin- quieren por los medios que la misma les -- proporcione; podrá imponersele la pena de= disolución.

La Autoridad gubernativa podrá suspender - la asociación que delinca, sometiendo in-- continenti los reos al Juez competente. To da asociación cuyo objeto o cuyos medios -

---

(270) Cfer. Tuñón de Lara, "El movimiento obrero en la - Historia de España" pág. 183 y sigs.

comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley".

Junto a esto el Código Penal de 1870 señalaba que:

"se reputan asociaciones ilícitas:

1º. las que por su objeto o circunstancia sean contrarias a la moral pública.

2º. las que tengan por su objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código" (art. 198).

La Asociación Internacional de Trabajadores (A.I.T.) desarrolla desde el primer momento una gran actividad contando incluso con órganos de prensa propios. Luego de una tormentosa sesión en las Cortes de 22 de mayo de 1871, en la que se trataba de votar una moción contraria a la actuación del Gobernador civil de Barcelona -y- de rechazo del propio Gobierno- en contra de la Internacional (271), moción que no fue aceptada, Sagasta (28 de mayo) envía una R.O. Circular a los gobernadores civiles otorgándoles amplios poderes para su represión. En estas circunstancias, el Consejo directivo de la sección de la Internacional en España se refugia en Lisboa, desde don-

---

(271) Este debate y el resto que se organiza en las Cortes puede seguirse a través de M. Alarcón, O.c., -pág. 154-209.

de remite una nota al Ministro de la Gobernación indicando sus propósitos y el carácter de su acción.

Los debates prosiguen en días sucesivos, incluso incidentalmente, en las Cortes, donde llegará a afirmarse con reiteración que la Internacional al atacar la propiedad privada está atacando la misma seguridad del Estado (272).

---

(272) Así planteó Cánovas, entre otros, el problema: "la propiedad no significa, después de todo, en el mundo más que el derecho de las superioridades humanas, y en la lucha que se ha entablado entre la superioridad natural, entre la desigualdad natural, tal como Dios la creó, y la inferioridad que Dios también ha creado, en esa lucha triunfará Dios y triunfará la superioridad sobre la inferioridad.

La miseria es eterna; la verdad es que la miseria es un mal de nuestra naturaleza, lo mismo que las enfermedades, lo mismo que las pasiones, lo mismo que las contrariedades de la vida, lo mismo que tantas otras causas físicas y morales como atormentan nuestra naturaleza. ¿Os atrevéis a remediarlas todas?. Pues nosotros tampoco nos atrevemos a remediar la miseria pública, a remedir la pobreza, y

El debate se centró, como era de esperar, en -

---

porque no nos atrevemos tampoco lo ofrecemos...

Porque en la defensa de este orden social está sin duda hoy la mayor legitimidad: quien alcance a defender la propiedad, a restablecer el orden social a dar a estas naciones latinas (...) la seguridad y la garantía de los derechos de cada uno y a libertarlas de la invasión bárbara del proletariado ignorante, éste tendrá aquí y en todas partes aun cuando nosotros nos opusiéramos una verdadera legitimidad.

Cuando las minorías inteligentes, que serán siempre las minorías propietarias, encuentren que es imposible mantener en igualdad de derechos con ella a la muchedumbre; cuando vean que las muchedumbres se prevalecen de los derechos políticos que se han dado para ejercer tiránicamente su soberanía; cuando vean convertido lo que se ha dado en nombre del derecho en una fuerza brutal para violentar todos los demás derechos; cuando vean que todo lo inicuo puede aspirar al triunfo con la fuerza - desencadenada por los apetitos sensuales; cuando eso -- vean, buscarán donde quiera la dictadura, y la encontrarán. Tal es la historia eterna del mundo...

Tengo la convicción profunda de que las desigualda-

la interpretación de la idea de moral pública contenida en la Constitución, protagonizada por Castelar y Alonso-Martínez, como principales portavoces: Así planteó el problema Castelar:

"Hay asociaciones y no pueden ser prohibidas: que su derecho constitucional a existir es tan sagrado como el derecho del Rey a reinar. Pero con motivo del ejercicio de un derecho pueden cometerse crímenes o delitos. El procedimiento para castigarlos -- claro está en el Código fundamental. ¿Faltan los individuos de una asociación?. Pues el único derecho legal de autoridad política y administrativa es suspender la asociación y entregarla a los tribunales inmediatamente. Ellos deciden del tuyo y el mío, y ellos decidirán entre el poder y la libertad, entre el Gobierno y las asociaciones. ¿Son estas inmorales, proponiéndose cometer un hecho o una serie de hechos pensados?. Pues que las persiga el Ministerio fiscal ¿Son tan poderosas que en ellas no puede coexistir el Estado?. Pues se trata aquí una ley para abolirlas. Tales son los procedimientos legales...

Al decir que se prohíba toda asociación contraria a la moral, la Constitución ha querido entender, ésta es la interpretación que yo le doy, los actos in-

---

des proceden de Dios, que son propias de nuestra naturaleza... Creo... que la propiedad no perecerá: no puede perecer, por más que contra ella se diga". Diario de Sesiones, sesión de 3 de noviembre de 1871, - págs. 3381 y 3383-3376; sesión 6 de noviembre de 1871 págs. 3450-3452.

morales condenados por el Código penal" (273).

Alonso Martínez, desde una posición más conserva  
dora dirá que:

"¿Qué decía ayer el Sr. Castelar sobre esto?. -  
Decía que el Sr. Ministro de la Gobernación y o  
tros y los que como él piensan interpretan mal=  
la Constitución, al hablar de la moral ha querido  
decir que condena los actos inmorales defini=  
dos por el Código penal, como, por ejemplo, los  
que llevaría a cabo una sociedad de monederos -  
falsos o de ladrones. Es decir, que el Sr. Castelar  
cree que el art. 17 de la Constitución, al=  
negar a los españoles el derecho de asociarse -  
para fines contrarios a la moral pública se re=  
fiere sólo a aquellas asociaciones que se for=  
man sólo con el objeto de ejecutar actos que el  
Código penal califica de delitos. Y yo digo: --  
pues esta interpretación del Sr. Castelar es ~~q~~  
completamente inadmisibile porque la rechazan, -  
con una claridad que es imposible pedirla mayor,  
el texto de la Constitución y el Código, reformado  
también por vosotros en armonía y en consonancia  
con la misma Constitución. Ya habéis visto=  
que la Constitución trata en artículos diferentes  
de las asociaciones contrarias a la moral pública,  
y las asociacio es que se proponen ejecutar actos  
definidos por el Código penal; de las mismas tra=  
ta en el art. 17 y de las segundas enumera los di

---

(273) Diario de Sesiones, sesión de 19 de octubre de ----  
1871, págs. 3059... 3070.

versos casos en el art. 19..." (274).

para Alonso Martínez la Internacional persigue fines -- contrarios a la moral; para ello se basó, en el mismo -- discurso, en la lectura del manifiesto de la sección de la Alianza de la Democracia socialista de Génova, presidida por Bakunin y admitida en la Internacional.

Llegado el momento de votar, el Congreso declaró inconstitucional a la Internacional por 192 votos contra 38 (275). A pesar de ello el Fiscal del Tribunal Supremo, Eugenio Díez, dirigió una circular a las Audiencias (23 de noviembre de 1871) explicando el perfecto derecho a existir que tenían asociaciones como la Internacional, e insistiendo particularmente en los derechos de asociación y huelga. La Circular se hacía eco del planteamiento de Castelar señalando que:

"La única materia de las causas criminales son los

---

(274) Diario de sesiones, sesión de 20 de octubre de 1871, pág. 3079 y sigs.

(275) Ruiz Zorrilla y los suyos se abstuvieron (para Ruiz Zorrilla hablar de la Internacional era darle publicidad) así como algunos republicanos independientes.



delitos y las faltas, y solamente son faltas o delitos las omisiones o los hechos así calificados en el Código penal. Esta doctrina indica ya cuál debe ser la moral pública en el ejercicio de nuestro ministerio.

Los representantes de la acción pública cerca de los Tribunales de justicia deben, siempre con celo y diligencia, pero siempre también desapasionadamente, pedir la formación de causa por los hechos u omisiones que sean en el Código faltas o delitos; y sin misericordia, pero sin ira, pedir también las penas de la ley contra sus autores.

Si una asociación se forma o trata de formarse, si se celebra una reunión con el fin de cometer alguno de los delitos penados en el Código, esta reunión no es pacífica, y los que toman parte en ella deben ser procesados y penados, probado el delito: y si aquella asociación por su objeto y circunstancia incurre en la sanción el art. 198, los que la formen serán reos de delito y contra ellos deberá promoverse la formación de causa.

Para el Ministerio fiscal es contrario a la Moral todo lo que por el Código penal está calificado de falta o de delito: ni más ni menos. Los hechos delito o faltas están prohibidos y penados por la ley: los hechos que la ley no califica de faltas o delitos podrán no ser morales ni en el concepto público ni en el concepto privado; pero así y todo no pueden ser materia de proceso criminal.

La moral pública para los fiscales consiste en que los ciudadanos se abstengan de hacer lo que la ley penal prohíbe, en que hagan lo que están obligados a hacer, y por cuya omisión en su caso se harían reos de delito: y es para ellos contrario a la moral pública lo que los ciudadanos hacen produciendo por sus hechos delitos o faltas comprendidos en el Código penal".

El fiscal fue destituido por el Ministro de -

Justicia. La respuesta a la Circular m se hizo esperar y una R.O. de 16 de enero de 1872, exponiendo el pensamiento del Gobierno sobre la internacional y las huelgas, dirigida a los gobernadores les recuerda la obligación de mantener el orden con el más estricto respeto a la libertad "en rígida observancia de los preceptos constitucionales". Así interpreta esta rígida observancia la R.O. a la hora de justificar a la Internacional como contraria a la moral pública: "esta secta comunista verdadera conspiración social contra todo lo existente, que proclamándose a sí misma como la más absoluta negación de Dios (276) y del Estado, de la propiedad y de la familia, pretende elevar a la categoría de principios político-sociales teorías que en toda sociedad organizada no pueden considerarse de otra manera que como la utopía filosófica del crimen... co

---

(276) Este aspecto no es cierto totalmente. Al menos no es cierto en relación con la Asociación Internacional de Trabajadores; sus estatutos, inspirados por Marx, decían: "que todas las sociedades e individuos y adherentes consideran como base de conducta hacia los hombres sin distinción de color, de creencia, - y nacionalidad, la verdad, la justicia y la moral". Distinta era la Alianza Internacional por la Democracia Socialista, inspirada por Bakunin, que se declaraba atea; de alguna manera había que justificar

ligándose hoy a la sombra del árbol de nuestras libertades, intenta abusivamente lograr por el derecho de asociación, consignado en nuestro código fundamental, la legitimidad de un organismo que la permita dar principio de ejecución a sus propósitos de trastorno universal por no ser para fines lícitos de la actividad humana y compatibles - con la moral pública... Considere, pues V.S. a la Internacional como fuera de la Constitución del Estado, y dentro del Código penal, por hallarse comprendida en su artículo 198 y los demás con el concordantes, y por todo lo que de claradamente encierra de atentatorio a la integridad y seguridad de la patria y ofensivo a la moral pública en sus denegaciones del Estado, de la propiedad y de la familia=(277). La posición ante la huelga es parecida, sin condenarla del todo -solo aparece condenada claramente cuando es violenta, implica amenaza, intimidación o cohecho-, -- sin embargo debe ser interpretada a través del libre juego de la oferta y la demanda calificada por la R.O. como ley natural. Así la propiedad y la ley de la oferta y la=

---

que era contraria a los fines de la moral si bien= en la Internacional española había una mayoría de= inspiración anarquista.

(277) El subrayado es mío (JAP).

demanda quedaban integradas en la moral pública y, en consecuencia, negaban la legitimidad de las asociaciones de trabajadores.

Por decreto de la República de 10 de enero de 1874 (presidente, Serrano: ministro de la Gobernación, -- Garcia Ruiz) (278) la Internacional queda disuelta. Es interésante un texto del decreto que vuelve a insistir en -- planteamientos ya conocidos "dispuesto a no ceder en el camino emprendido por ningún género de consideraciones ni ante dificultades de ninguna especie, se cree en el deber de extirpar de raíz todo género de trastornos, persiguiendo -- hasta en sus más disimulados y recónditos abrigos a los -- perturbadores de la tranquilidad pública y a toda sociedad que, como la Internacional, atente contra la propiedad, la familia y demás bases sociales". Es curioso, de nuevo, que en el orden de prioridades se coloque en primer lugar la -- propiedad, se hable luego de la familia y se acabe genéri-

---

(278) Anteriormente, como señala, Díez del Moral en su -- "Historia de las agitaciones campesinas andaluzas, se habían producido las represiones de Salmerón y Castelar, además de las dos de Sagasta; recordemos, por otro lado que el 3 de enero de 1874 Pavía toma las Cortes.

camente; y es curioso porque en el art. 1 del Decreto - se dice que quedan "disueltas desde la publicación de - este Decreto todas las reuniones y sociedades políticas en las que de palabra u obra se conspire contra la seguridad pública, contra los altos y sagrados intereses de la patria, contra la integridad del territorio español y contra el poder constituido". Cabe preguntarse dónde encuadra, en esta relación, el ataque a la propiedad y la familia... de este modo la patria se utiliza al servicio de los propietarios y de sus intereses y el poder constituido se establece en su defensa.

#### 2.4.2.2.- La celebración del 1 de mayo de 1891

Como ha señalado Augusto Rivero, "era grande la zozobra entre las clases adineradas y el Gobierno - resolvió hacerlas imposibles (las manifestaciones) (279). Por R.O. Circular de 22 de Abril, "a fin de que la ley se cumpla, el orden público se mantenga y la libertad de todos sea por todos y por cada uno respetada", se dice que la Constitución no reconoce el derecho de manifestación.

---

(279) "Antología de las Cortes 1891-1895", Madrid, 1913, pág. 134.

Vallés y Ribot, en el debate parlamentario señala que el artículo 13 recoge el derecho de reunión pacífica sin más requisitos. El problema, en opinión de Valles, era que la ley de reuniones de 15 de junio de 1880 exige autorización previa en cada caso, pero la ley no autoriza al Gobierno -- para prohibir "a priori" y para toda la nación, de modo -- que al actuar así la Circular deroga la ley. La respuesta de Silvela fue que el art. 14 concede autorización para regular el derecho.

El 5 de mayo, la Unión Parlamentaria republicana planteó una proposición incidental defendida por el proprio Valles y Ribot sobre aplicación de la orden. El texto -- de la intervención (280) y lo que de ella se deduce es más significativo que cualquier comentario. "Entendemos que es abusivo, que es arbitrario, que es contra la Constitución y las leyes procesales, el que la policía pueda ir a un -- juzgado de instrucción y pedirle, sin más ni más, autos -- para proceder a la prisión de los ciudadanos; nosotros -- creemos que los jueces de instrucción no pueden dictar autos de prisión contra nadie si no procede formal denuncia o formal querella, si en virtud de la denuncia o de la --

querella no se instruye un sumario, y si de este sumario no resultan graves delitos o indicios racionales de criminalidad contra determinada persona; sólo con tales requisitos es cuando entendemos que pueden dictarse autos de procesamiento y de prisión. Tenemos entendido que se ha procedido a la detención y prisión de ciudadanos en Barcelona sin cumplirse estos requisitos; tenemos entendido que la intervención del poder judicial (281) se ha solicitado por parte de la policía sólo y únicamente como una especie de pantalla". A continuación habla de quebrantamientos de la ley por los gobernadores al cerrar domicilios sociales de sociedades legalmente establecidas... y afirma "¿cómo quereis presentaros ante ciertos temperamentos de violencia, con la autoridad y la fuerza moral que solo del cumplimiento de las leyes se derivan si vosotros os conducís de una manera tan bárbara como los mismos que disparan cartuchos de dinamita?". He aquí un ejemplo de lo que se tutela y de cómo se tutela.

---

T

(281) Parece que estamos lejos de aquella tolerancia que motivó sucesivas circulares a lo largo del período isabelino.

2.4.3.- El Ejército y la Ley de Jurisdicciones de -  
1906.

Junto a la incorporación de los intereses del capital y de los grandes terratenientes a la defensa del orden público, un segundo grupo, el Ejército, va a jugar un papel fundamental que será definitivamente consagrado en la ley de Jurisdicciones de 1906.

Martínez Cuadrado, comentando la utilización de medidas previstas en la Constitución y en la ley de orden público, señala "con todo, este es un punto negro para la Historia de la Restauración": el abuso en recurrir a los estados de excepción y de guerra para contener las reivindicaciones de las clases sociales discrepantes del orden burgués, total o aisladamente, llevaron inevitablemente al ascenso del poder militar a quienes tantas veces se acudía para restaurarlo. El examen de las medidas de este carácter y de la contundencia con que fue sistemáticamente aplicado resulta abrumador. Las fuerzas de guardia civil, policía y seguridad, junto con el ejército intervienen en la defensa de orden público interior y del Estado recibiendo ordenes generalmente radicales y excepcionalmente moderadas" (282).

---

(282) Martínez Cuadrado, O.c., pág. 514.



A la cabeza de la defensa de los intereses militares se encontraba el propio Rey (283). De un ejército liberal se había pasado a un ejército que constituía la mejor garantía del orden establecido y el poder constituido. El Ejército era el mejor defensor de la estructura social sobre la que se asentaba la Restauración.

---

(283) En el discurso que dirige al Ejército el mismo día de su coronación (17 de mayo de 1902) señala ya su propio protagonismo, "al tomar por sí mismo el mando de los ejércitos". Así entendía el Ejército: "dichoso el soberano que ve en vosotros el apoyo más firme del orden social, el cimiento más seguro de la paz pública, el defensor más resuelto de las instituciones, la base más sólida del bienestar y de felicidad de la patria".

La intervención del Rey, obedeciendo a una tradición, va a ser continua; a la hora de los nombramientos de ciertos cargos -en principio los Ministros de Ejército y Marina- llegó a plantear graves conflictos a los jefes de los partidos, llegando en algunos casos la dimisión de los gobiernos.

Veamos, pues, los antecedentes de la ley de jurisdicciones en virtud de la cual iban a pasar a la jurisdicción militar, entre otros, los delitos contra el Ejército.

La historia o las historias de la ley de Jurisdicciones es sumamente compleja. Por un lado y como resultado de la libertad de prensa y de la cuestión catalanista (284) se plantea un problema de conflicto de jurisdicció

---

(284) "La tensión entre militares y catalanistas dios ya lugar a serios incidentes en Barcelona, en 1902. En 1905 el semanario catalanista "Cucut" publicó una mordaz caricatura alusiva a los militares (el ambiente estaba tenso, la Liga acababa de ganar las elecciones municipales). Más de 200 oficiales respondieron asaltando los locales de la redacción, así como los de la "Veu de Catalunya". El capitán general de la Región aprobó los hechos y varias guardias se adhirieron a sus compañeros de armas, de tacándose el telegrama de adhesión del general Luque (entonces capitán general de Andalucía)... Montero Ríos jefe del Gobierno, se negó a las peticiones castrenses de pasar a la Jurisdicción militar "todos -

---

los delitos contra la patria y el Ejército"; pero --  
Montero Ríos tuvo que abandonar el poder inmediatamen-  
te (¿qué poder?, cabe preguntarse). Formó Gobierno Mo-  
ret, con el general Luque de Ministro de la Guerra. -  
El Gobierno había caído, según dio a entender "La Co-  
rrespondencia militar" de 29 de noviembre de 1905, --  
por una gestión hecha ante el Rey, entre otros, por -  
el capitán general y el gobernador militar de Madrid=  
y el propio segundo jefe del Cuarto militar del Rey,=  
cuyo espíritu según ha contado Romanones "se hallaba=  
muy cerca de las reuniones en aquellos momentos teni-  
das en los cuartos de banderas".

La presión era tan manifiesta que los órganos de -  
prensa militares no la disimulaban. El periódico "El-  
Ejército Español" decía, entre otras cosas, en primera  
plana de su número de 27 de noviembre de 1905: "Y a --  
las Cortes les dice asimismo (el acto de la oficialidad  
de Barcelona) que si por imprevisión de los legisladore  
nohay leyes contra el separatismo, las hagan pronto, -  
porque mientras tanto el Ejército aplicará la ley su==  
prema, la que le dicta su inquebrantable amor a Espa==  
ña, a España una e intangible". Y "La correspondencia=  
militar, de 11 de enero de 1906, advertía que no era -

nes como resultado de injurias al Ejército por la imprenta. Por tratarse de delitos de prensa era competente la jurisdicción ordinaria mientras que por tratarse de injurias al Ejército era competente la Jurisdicción militar. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la jurisdicción ordinaria (285). La ley de Jurisdicciones tratará de re-

---

posible engañar al general Luque "porque está decidido y acordado que los delitos de que se trata vayan al fuero de Guerra". Esta es la narración de los hechos que ofrece Tuñón de Lara en "Historia y realidad del poder", Edicusa, Madrid, 1973, págs. 46-47. La ley fue aprobada con los votos favorables de liberales y conservadores y la oposición de republicanos, catalinistas, carlista e integristas que se retiraron del Parlamento.

(285) Es interesante resaltar la defensa que el Poder judicial hizo de su propio fuero, y en la misma medida de las garantías prodesales. Este mismo fenómeno ya lo hemos observado en otros momentos a lo largo del s. XIX.

solver el conflicto, atribuyendo la competencia a la jurisdicción militar (art. 5) al tiempo que lleva ante la misma jurisdicción los delitos contra la unidad de la patria. La ley lleva fecha de 23 de abril de 1906. Con la misma fecha se publica también una R.O. circular sobre el sentido e interpretación de la ley.

Como señala la Circular la finalidad de ambas normas es "la defensa eficaz y vigorosa de la unidad de la Patria (286) y la disciplina del Ejército". La circular define al Ejército como "expresión de la patria armada" y señala, aunque no ofrece criterios, que es preciso distinguir entre "ofensas a la patria y lo que es solo a las reglas de la educación y la convivencia social", pero al ser los Tribunales militares quienes debían apreciarlo la "prima" supralegal está ya concedida.

El art. 3 de la ley señalaba, "los que de pala

---

(286) En otro párrafo se habla de "santidad de la patria". No deja de ser curiosa esta moralización si pensamos en las circunstancias que motivaron proximately la ley.

bra o por escrito, por medio de la imprenta, grabado u - otro medio mecánico de publicación, en estampas alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones, injurien u ofendan clara o encubiertamente al Ejército o a la Armada o a instituciones, armas, clases o cuerpos determinados del mismo, serán castigados con la pena de prisión correccional. Y - con la de arresto mayor en los grados medio y máximo a prisión correccional en su grado mínimo, lo que de palabra, = por escrito, por la imprenta el grabado u otro medio de - publicación instigaren directamente a la insubordinación = en institutos armados o a apartarse del cumplimiento de - sus deberes militares a personas que sirvan o estén llamadas a servir en las fuerzas armadas de tierra o de mar".

Una enumeración tan detallada trataba de evitar cualquier posibilidad futura de conflicto de jurisdicciones, asegurando así la primacía del Ejército en estas materias. La ley, sin embargo, venía a dar fuerza legal a - algo ya decidido con anterioridad por el propio Ejército. Republicanos, catalanistas, carlistas e integristas se retiraron del Parlamento. Blasco Ibañez renunció a su acta de Diputado. Fernández Almagro hace notar que la ley vino a marcar inequívocamente el carácter militarista de la - Monarquía y la impotencia de los liberales históricos ==

(287).

2.4.4.- El proyecto de ley de orden público de Primo de Rivera.

No vamos a detenernos en exceso en la Dictadura. El proceso del que venimos hablando, consistente en la inserción de los valores de los grupos dominantes en el concepto de orden público y en la seguridad del Estado y el incremento de los poderes del Ejecutivo y del Ejército reforzando las primas supraleales hasta niveles

---

(287) Citado por Tuñón de Lara, "La España del siglo XIX", Editorial Laia, 4ª ed., Barcelona, 1973, pag. 370. Este carácter militarista se reforzará por R.O. de 14 de enero de 1914 por la que se autorizaba a los generales, jefes y oficiales a "corresponder directamente con el Rey sin intervención de persona alguna" cuando aquel se dirigiera directamente a ellos por carta o telegrama, al tiempo que se recuerda -- que el Rey "interviene directamente y constantemente en cuanto se relaciona con las tropas, así como en la concesión de mandos y ascensos".

de escándalo, llegará en este momento a su culmen. Así no pueden extrañar hechos tales como la existencia de un Decreto de 16 de mayo de 1926 que se permite derogar la Constitución en aquello que se oponga (288). Y la enumeración podía ampliarse.

Primo de Rivera va a presentar con fecha 6 de julio de 1929 un anteproyecto de Constitución de la Mo-

---

(288) Cfer. nota 95. De todos modos no deja de ser un -  
contrasentido en una situación en que la Constitu-  
ción está suspendida. El Escándalo o el escrúpulo  
que parecen preocupar a algunos de los comentaristas  
del decreto y de otros decretos semejantes es  
en exceso "formalista", Como señala atinadamente  
Sánchez Agesta, "la atribución histórica al Rey o  
al pueblo (del poder constituyente) deben conside-  
rarse unicamente como mitos históricos que tratan  
de reforzar una acción política determinada Titu-  
lar del poder constituyente, dada su específica -  
naturaleza histórica no es quien quiere o quien se  
cree legitimado para serlo, sino, más simplemente,  
quien puede esto es, quien está en condiciones de  
producir una decisión eficaz sobre la naturaleza -  
del orden". "Principios de Teoría Política" pág. 352



narquía española ala Asamblea Nacional. A este antepro=  
yecto, de modo parecido al intento de Bravo Murillo, a=  
compañaban otros proyectos de leyes fundamentales encami=  
nados a regular organicamente diferentes cuestiones. En=  
tre ellas se encontraba una ley relativa al orden públi=  
co.

El anteproyecto constitucional en su art. 72 -  
contemplaba la entrada en vigor del estado de excepción=  
como resultado del "evidente riesgo exterior para la se=  
guridad del Estado o de grave perturbación interior que=  
amenace o comprometa la paz general". En idéntico senti=  
do habla el art. 1 del anteproyecto de ley de Orden públi=  
co.

Materialmente las medidas que previstas para -  
el estado de guerra o de prevención y alarma son prácti=  
camente las que ya señalaba la ley de 1870 (289), pero -  
el contexto de su ejercicio es radicalmente distinto. La

---

(289) Incluso en algunos casos su redacción es idéntica.  
Por tanto, me remito a la crítica hecha con ante=  
rioridad.

sección primera del título primero de la ley (arts. 1-4) constituye modelo de lo que nunca debe ser una ley de orden público, por las graves quiebras que las facultades=discrecionales del Ejecutivo producían en los derechos y garantías de los ciudadanos (290). Estas quiebrasn serán las siguientes:

En primer lugar el estado de prevención y alarma era acordado por el Consejo de Ministros (291), bajo -

---

(290) La sección se refiere exclusivamente al estado de=prevención y alarma, sin embargo su situación, encabezando la ley y su mismo carácter sustantivo la hacen referible igualmente al estado de guerra.

(291) El art. 1, párrafo 2º exigía que el Gobierno "había de oír necesaria y previamente al Consejo del Reino en pleno o a su Comisión permanente, si así lo de==termina por razones de especial urgencia". La audiencia por el carácter de mera consulta o cortesía no -dejaba de ser un puro trámite no vinculante. Por o==tro lado los condicionamientos funcionales de la estructura del Consejo de Reino lo convertían en un organo domesticado y sometido al Ejecutivo.

su sola responsabilidad, pudiéndolo declarar en todo o -  
en parte del territorio nacional, suspendiendo todos o algunos  
de los derechos recogidos en los arts. 23 y 29 de la =  
Constitución (292).

El estado de prevención y alarma, y aquí la se-

---

(292) En cambio el estado de guerra es declarado por la=  
autoridad civil, judicial y militar "de modo unáni  
me o por mayoría", caso de que las medidas ordina==  
rias o extraordinarias sean insuficientes (art. 17).  
El estado de guerra no precisaba, pues, ser declarado  
por el Consejo de Ministros si bien en la capi==  
tal del Reino se exige su colaboración (art. 19). -  
El estado de guerra es levantado por la propia au=  
toridad que lo declaró, pero por unanimidad, no basta  
la simple mayoría. En ambos casos da la impre==  
sión de que se trata de salvaguardar la supremacía=  
del Poder militar. Si no se conseguía la unanimidad,  
para levantar el estado de guerra, decidía el Con==  
sejo de Ministros.

gunda quiebra de los derechos y libertades, puede declararse por tiempo indefinido, si bien el Gobierno cada mes debe informar al Consejo del Reino de las razones que le asisten para prorrogarlo. A los tres meses dará cuenta a las Cortes. Es igualmente el Consejo de Ministros el único competente para levantarlo.

En tercer lugar publicado el decreto de declaración del estado de prevención y alarma, el Gobierno y la autoridad civil están facultados para adoptar cuantas medidas conceptúen convenientes (293) pudiendo fijar sin nin

---

(293) Sobre la interpretación del "conveniente" y las posibilidades de interponer recurso contra una medida administrativa puede servir de modelo el Decreto de 16 de mayo de 1926. En él se facultaba al Gobierno, en materia gubernativa y disciplinaria, para adoptar medidas e imponer sanciones sin otro límite que "el que señale las circunstancias y le inspire su rectitud y patriotismo". El Decreto reconoce que el Consejo de Ministros puede rebasar las facultades concedidas en la Constitución y las leyes. Frente a estas sanciones del Consejo no cabe otro recurso que el que se pueda interponer ante el propio Consejo. -

guna limitación multas y penas de arresto (art. 2) por incumplimiento de los bandos cuando las infracciones no constituyeran delito. La única limitación es la que la propia autoridad se imponga al fijar unos topes máximos en los respectivos bandos.

Por otro lado el Código penal de 1928 acogía en su regulación determinados delitos cometidos por medio de armas o explosivos. De todos modos calificaba la pena de muerte como pena única y la jurisdicción competente era la ordinaria.

---

En esta locura legislante el art. 4 añade "quedan en suspenso los preceptos constitucionales y legales que se opongan a lo que este Real Decreto dispone"; para colmo el Decreto tenía efectos retroactivos. Un comentario de dicho decreto en L. Martín Retortillo, "Las funciones de Orden público", págs. 43-48.

## 2.5.-: La Segunda República

Antes de analizar la ley de Orden público de 1933 es necesario plantear el alcance de la ley de Defensa de la República que al amparo de la transitoria segunda de la Constitución tuvo alcance constitucional.

### 2.5.1.- La Ley de Defensa de la República

La ley de defensa de la República no es en sentido estricto una ley de orden público, pero sí tiene muchos de los caracteres de este tipo de legislación, en este sentido se encuentra cercana a la legislación preventiva. La ley se limita a tipificar conductas, señalar penas e indicar competencias administrativas (294), en -

---

(294) En su art. 1 se señalaba que eran actos de agresión a la República: 1) incitar a desobedecer la ley y a la Autoridad; 2) incitar a la indisciplina o antagonismo entre los institutos armados o entre estos y los organismos civiles; 3) difundir noticias que puedan quebrantar el crédito o per-

---

turbar la paz; 4) cometer actos de violencia contra las personas o propiedades por motivos religiosos, políticos o sociales o incitar a los mismos; 5) toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las instituciones u organismos del Estado; 6) la apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretende vincular su representación y el uso de emblemas monárquicos; 7) la tenencia ilícita de armas y explosivos; 8) suspensión o cesación de industrias o labores sin justificación; 9) las huelgas cuando a) no se anuncien con ocho días de antelación; b) no se basen en motivos laborales; c) no se cometan a arbitraje; 10) alterar injustificadamente los precios; 11) falta de celo y negligencia en los funcionarios.

Se atribuyen al Ministro de la Gobernación las siguientes facultades: a) poder suspender reuniones y manifestaciones si se prevé alteración de la paz pública; b) clausurar centros cuando se presume que a partir de ellos puede alterarse el orden; c) intervenir la contabilidad e investigar el origen y distribución de los fondos de cualquier entidad de las definidas en la ley de Asociaciones; d) decretar la incautación de armas.

materia de defensa de los nuevos aparatos de poder y del nuevo grupo en el poder.

Lo que la ley pretendía resulta suficientemente claro, ya desde su título: defender la república de un modo más eficaz y con esta presensión se presentó en las Cortes. El discurso de presentación, violento en las palabras, finalizaba diciendo:

"Esta ley no la necesita este gobierno; quien la necesita es la República... En el fondo este proyecto significa la declaración paladina ante el país de que el Gobierno, consciente de sus responsabilidades y no queriendo asumir arbitrariamente ningún poder que no le corresponda por la Constitución, y sin extralimitarse -- jamás del texto de esta ley, ni del espíritu -- de la Constitución que ya estamos votando, el Gobierno, digo, recaba del Parlamento la autorización eficaz, solemne, para defender la República, para cumplir con su obligación y para mantener la seguridad y el orden en España. Y esto es preciso que el país lo sepa".

---

Las sanciones que regula la ley son las siguientes: confinamiento o extrañamiento por tiempo no superior al de vigencia de la ley y multas de -- hasta 10.000 ptas. sanciones que son compatibles con cualquier otra de origen penal.

Se atribuye a Miguel Maura Ministro de la Gobernación



Muchos parlamentarios de la derecha la vieron como una ley de excepción y base de una nueva dictadura= (295). Y esta misma teoría ha sido la que ha movido poste<sub>r</sub>iormente casi todas las interpretaciones (296). Lo que -

---

ción, la siguiente frase ante la ley: "Así da gusto ser Ministro de la Gobernación".

(295) Este fue el sentido de las intervenciones parla=<sub>mentarias</sub> de Alba y Ossorio Gallardo. Un cronista - parlamentario, Jose de Medina Togores en "Un año de Cortes constituyentes" (Editorial ibérica, Madrid,= 1932) insiste en esta línea llegando a establecer - un paralelismo con la ley de terrorismo de Antonio= Maura: "los del !Maura, no! imitan a ora, con eleva<sub>ción</sub> al cubo en el plagio a D. Antonio (O.c., pág.= 106). Solo que Maura, el "insigne e inolvidable D.! Antonio", también en palabras de Medina y Togores - protegía los intereses del anterior grupo en el po= der. La razón de las críticas y la diferencia radi= caba aquí y no en su "dureza" pues recogía medidas= aceptadas hasta entonces.

(296) Autores tan dispares como Sánchez Agesta y Tuñón de Lara coinciden en sus apreciaciones en este sentido Para el primero la consecuencia inmediata de la ley= fue que "toda la Constitución naciera con sus insti<sub>tuciones</sub> liberales prácticamente muertas" ("Historia

la ley supone, justificando la pataleta de dichos grupos, es algo diferente, solo comprensible desde el cambio histórico del 14 de abril de 1931: al producirse la República, los titulares tradicionales del poder, y por tanto de sus plusvalías (interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, ejercicio de la función de policía, iniciativa legislativa, poder sancionador...) ven= que, por primera vez el poder se aplica contra ellos. El nuevo grupo en el poder aplicará la ley contra los grupos dominantes de la etapa anterior. Y es que, aunque se trate de ocultar la realidad tras los supremos intereses de la nación, la República o la Monarquía..., la seguridad del Estado, o de la República, y en igual medida el orden público traduce unicamente los mecanismos de autodefensa del grupo en el poder y de sus propios órganos de Estado, y esto ocurre sea cual sea este grupo.

La incorporación de la ley a la Constitución es problema secundario. Al margen de su carácter formal,

---

(  
del constitucionalismo español", I.E.P., 2ª ed. Madrid, 1964 pág. 429; el segundo indica que "suspendía prácticamente toda clase de garantías" ("La España del siglo XX" Edit. LAIA, Barcelona, 1974, Vol, II, - pág. 326.

la legislación de orden público es parte fundamental de la Constitución material, algo que ya habían percibido, con toda claridad, Bravo Murillo y el General Primo de Rivera.

Aunque se trata de un dato externo, tal vez la mejor prueba de su carácter de norma preventiva de orden público sea su derogación por ley de 29 de agosto de 1933, con esta finalidad expresa en su art. 1, pocos días después de aprobada la ley de orden público.

2.5.2.- La suspensión de garantías en la Constitución de 1931.

Dentro del proceso de deslegalización que señalabamos anteriormente, la Constitución de 1931 supone un nuevo hito al atribuir su competencia al Gobierno, que la declaraba mediante Decreto, no, a través de Decreto. Así queda regulado en el art. 42 de la Constitución:

"Los derechos y garantías consignados en los arts. 29,31,34,38 y 39 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por Decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado en casos de notoria e inminente gravedad.

Si las Cortes estuviesen reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno.

Si estuviesen cerradas, el Gobierno deberá con

vocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente al noveno día. Las Cortes no podrán ser disueltas mientras subsista la suspensión de garantías.

Si estuvieren disueltas, el Gobierno dará inmediata cuenta a la Diputación permanente establecida en el art. 62, que resolverá con iguales atribuciones que las Cortes.

El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de su Diputación permanente.

Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique la ley de Orden público.

El tono del texto es francamente confuso en sus puntos clave. Queda claro, eso sí, que los derechos y garantías que se pueden suspender son los ya conocidos a partir de 1869: reunión, expresión y asociación, más lo que procedían de épocas y constituciones anteriores: garantías de las detenciones y libertad de domicilio junto con su inviolabilidad. La dificultad surge sobre el sentido de la intervención de las Cortes o su Diputación Permanente que "resolverán" sobre la suspensión acordada. La dificultad radica en saber si la resolución es o no vinculante para el Gobierno.

La fórmula era confusa si bien el parlamentarismo consagrado en la Constitución evitaba el posible

conflicto. Tampoco es más explícito el art. 34 de la ley de Orden público que simplemente se remite al art. 42 de la Constitución al decir que "de este decreto dará cuenta (el Gobierno) a las Cortes o a su Diputación permanente en los términos del art. 42". Como señala Pérez Serrano el sentido del "resolverán" queda reducido al de abrir un debate parlamentario sobre la medida (297). Algo es algo. De todos modos el Gobierno, como indica el art. 42 de la Constitución, sólo puede declarar la suspensión de garantías por espacio de 30 días. La prórroga exige ya acuerdo parlamentario.

---

(297) "Lo más probable es que toda suspensión lleve a grio debate de una polémica entre partidos: y la base para la discusión podrá ofrecerla o bien un dictamen formulado mediante trámite análogo, o bien el simple hecho de que el Decreto quede sobre la Mesa durante tres días para que se impugne por quien lo desee, pasando luego al archivo, con aprobación implícita de la conducta ministerial", Pérez Serrano, "La Constitución española de 1931", Revista de Derecho privado, Madrid, 1932, págs. 179-180. Junto a estas posibilidades cabía también la indirecta de una moción de censura.

2.5.3.- La ley de orden público de 28 de julio de 1933.

La ley recoge a lo largo de sus 72 artículos, una adicional y tres finales, ideas desarrolladas por la ley de 1870, "ley excelente para su tiempo y plena de aciertos" como se lee en la exposición de motivos. Esta ley prolongará su vigencia a una situación política radicalmente diferente; tal vez no pueda pensarse un cambio más radical desde cualquier punto de vista que el corte que supone el alzamiento de 18 de julio de 1936, sin embargo la ley estará vigente hasta 1959. La razón no puede ser otra que el carácter adjetivo de la ley y las plusvalías políticas adicionales que aporta a la titularidad legal del poder.

La estructura de la ley es semejante a las anteriores; una primera parte en que se señalan las distintas competencias de la Autoridad y una segunda referida a las cuestiones del procedimiento especial para los delitos a los que la ley se refiere.

2.5.3.1.- El concepto de orden público

La ley de 1933 es la primera que trata de ofrecer un concepto de orden público:

"Art. 1: el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público.= La autoridad a quien compete mantenerlo tendrá por fin de sus actos asegurar las condiciones necesarias para que ninguna acción externa perturbe la función de aquellas instituciones y para que tales derechos se ejerciten normalmente en la forma y con los límites que prevengan las leyes".

Son sin embargo los arts. 2 y 3 quienes lo definen de manera más precisa al recoger cuáles son los actos que puedan ponerlo en peligro (art. 3) (298), y al tratar de precisar el sentido de lo que debe entenderse por "público", al menos en relación al sustantivo "orden", en -

---

(298) Art. 3: "Se reputarán en todo caso actos contra - el orden público: 1º, los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos expresados en el párrafo primero del artículo anterior (libertad de conciencia, decirculación y residencia e inviolabilidad de domicilio, libertad de trabajo, industria y comercio, de expresión, de petición reunión y manifestación, asociación y garantías del ejercicio de la función pública); 2º los que se cometan o intenten cometer con armas o explosivos; - 3º, aquellos en que se emplee pública coacción, a-

---

menaza o fuerza; 4º, los que no realizados en virtud de un derecho taxativamente reconocido por las leyes, o no ejecutados con sujeción a las mismas, se dirijan a perturbar el funcionamiento de las instituciones del Estado, la regularidad de los servicios públicos o el abastecimiento y servicios necesarios de las poblaciones; 5º, la huelga o la suspensión de industrias ilegales; 6º, los que de cualquier otro modo no previsto - en los párrafos anteriores, alteren materialmente la paz pública; 7º, aquellos en que se recomienden, propaguen o enaltezcan los medios violentos para alterar el orden legalmente establecido" Las primas supral<sup>egales</sup> aparecen del modo más patente en los apartados 6º y 7º, al configurar un "numerus apertus" al arbitrio de la autoridad encargada de mantener el orden y al utilizar el término "orden legalmente establecido" en línea con el art. 1 de la ley. De este modo el Orden público queda reducido al actamiento de la ley, al aspecto puramente material...

En lo relativo al empleo de armas, la República - conocerá cuatro leyes sobre los delitos cometidos con armas o explosivos. En este sentido la ley de 9 de enero de 1932 señalaba en su art. 5 que las causas por estos delitos se sustanciarán en la forma prevista - en el tit. III del tit. IV de la Ley de Enjuiciamiento



el art. 2 de la ley. Según dicho artículo un acto se califica como público por tres razones: a) por la propia naturaleza del acto como ejercicio de una libertad públi

---

to criminal (artículo derogado, a su vez, por la ley de orden público). Las leyes de 4 de julio de 1933 y 22 de noviembre de 1934 agravaban las penas impuestas por las normas anteriores. La última llegaba a imponer pena de muerte a los delitos ometidos por medio de explosivos. La ley entro en vigor el día siguiente con su vigencia limitada a un año. Su prórroga exigía ley de Cortes, como así ocurrió el 20 de junio de 1935, al tiempo que la modificaba. Al menos en la lucha contra las primas supraleales de Ejecutivo la garantía de la aprobación parlamentaria suponía un pequeño control.

Por ley de 23 de mayo de 1936 se modificará también la ley de orden público. En lo relativo al art. 3.2º - decía la ley: "art. 1: el número segundo del art. 3 de la ley de orden público de 28 de julio de 1933 se re-- dacta así "los que cometan o intenten cmeter con armas siempre que tengan un móvil terrorista, o simplemente, una motivación político-social y los que se realicen o intenten realizar mediante l uso de explisivos; 2º -- "lo dispuesto en esta ley se aplicará en todas las cau

ca (art. 2.1º): de conciencia (art. 27), de circulación y residencia e inviolabilidad de domicilio (art. 31); - de expresión (art. 34); de petición (art. 35); reunión y manifestación (art. 38); de asociación (art. 39); garantías de la función pública (art. 41); b) por su tras--cendencia en el mundo exterior (art. 2.2º): "los reali--zados por colectividades que trasciendan la mundo exte--rior"; c) por el lugar (art. 2.3º), es decir los actos--realizados en la vía pública.

#### 2.5.3.2.- Medidas de policía

El capítulo II del título I regula las - autoridades competentes en materia de orden pública.

El título II, sobre facultades guberna--tivas, se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el=

---

sas que en la fecha de su promulgación se encuentren--pendientes de sentencia". A pesar de la apriencia de--la ley, el art. 2º plantea un caso de retroactividad--de la ley en beneficio del reo. La jurisprudencia había interpretado este artículo extensivamente este artículo y la ley trataba de restringirlo fijando su alcance "en armonía con la finalidad a que evidentemente responde y en concordancia con el sentido general de la ley" (de -

primero se especifican las facultades ordinarias en materia de protección, control y vigilancia del ejercicio de las libertades de reunión y manifestación (arts. 10 y 11) y asociación (art. 12) (299). Igualmente quedan recogidas en este primer capítulo del título segundo las excepciones a la inviolabilidad de domicilio (art. 16). Hay una referencia a los casos de siniestro, incendio, epidemia o calamidad pública (art. 15) y al concurso de otras autoridades sin necesidad de declarar el estado de guerra (art. 17).

El capítulo segundo regula el estado de prevención. "Cuando la alteración del orden público sin llegar a justificar la suspensión de garantías constitucionales, exija que sean adoptadas medidas no aplicables en régimen normal, podrá el Gobierno declarar el estado de prevención en todo el territorio de la República o en parte de él". La exposición de motivos razona así el estado de prevención: "La experiencia ha demostrado que no pocas veces --

---

la exposición de motivos).

(299) Si en el ejercicio de estos tres derechos se portan armas, la ley señala expresamente una agravación de las penas.

ocurren perturbaciones momentáneas, no por ello menos graves, que hasta el presente sólo discrecionalmente han podido ser corregidas, para las cuales es preciso establecer un ordenamiento jurídico adecuado. Pocas veces procede apelar a medida tan grave como a una suspensión temporal de las garantías constitucionales que la República tiene empeño en que siempre sean respetadas y mantenidas; por ello, en el título I, después de determinar en la forma que lo vasto y complejo de su concepto hacen posible, los fundamentos esenciales del orden público, se proponen disposiciones pertinentes para su conservación en época normal y cuando la perturbación es solo momentánea y pasajera".

El estado de prevención lo declara el Gobierno - por Decreto que debe ser comunicado a las Cortes o su Diputación permanente, en el plazo de 10 días, entrando en vigor desde su publicación en la Gaceta. Su duración queda reducida a dos meses si bien cabe prorrogarlo, pero solo de mes en mes. El art. 28 recoge las medidas que pueden ser adoptadas señalando entre otras, autorización previa - de reuniones, notificación de todo cambio de residencia - con una antelación mínima de dos días; control de las huelgas que puede llegar incluso a su prohibición y a impedir en todo caso las que intenten producirse en los servicios públicos... En los arts. 25 y 26 se dictan normas en relación a extranjeros. Las medidas generales gozan de publi-

cidad a través de bandos (art. 29), mientras que las medidas individualizadas se sustanciarán a través de expediente con previa audiencia (art. 30), sin embargo, si se trata de funcionarios o asimilados el expediente tiene carácter sumario (art. 31).

El capítulo III regula el estado de alarma. En el art. 34 se establece que el Gobierno, también por Decreto, "podrá suspender de acuerdo con el art. 42 de la Constitución las garantías que la misma establece en los artículos 29,31,34,38,39". De dicho Decreto habrá de darse cuenta a las Cortes. Frente a la tipificación de las medidas del estado de prevención (art. 28), el art. 35 no ofrece este cuadro, se limita a autorizar a la autoridad gberna9tiva a usar las que crea convenientes "pero sin rebasar nunca el cuadro de garantías que el Gobierno haya suspendido". Artículos posteriores desarrollan alguna de las medidas que cabe adoptar, pero, en realidad, se trata unicamente de señalar cómo deben ser actuadas esas medidas concretas, sin que, como hemos señalado, dicho cuadro pueda ser interpretado como "numerus clausus".

El capítulo cuarto está dedicado al estado de guerra. Puede ser declarado, según el art. 48, cuando los medios de los estados de prevención o, en su caso, de alar

ma sean insuficientes. En esta situación si "la autori-  
dad civil, una vez empleados todos los medios de que en -  
circunstancias ordinarias dispone, y, en su caso, los --  
que para las extraordinarias le otorgan los precedentes=  
capitulos, no pudiera por sí sola, ni auxiliada por la -  
judicial y por la militar, dominar en breve término la -  
agitación, ni restablecer el orden, lo prevendrá en un --  
bando que publicará con la solemnidad posible, y al pro-  
pio tiempo se pondrá urgentemente en relación con la Au-  
toridad judicial ordinaria, la militar y el Auditor de -  
la jurisdicción y dispondrá la inmediata declaración del  
estado de guerra, procediendo seguidamente la Autoridad=  
militar a la adopción de las medidas que reclame la paz=  
pública. De todo ello se dará directamente cuenta inmediata  
al Gobierno y a las autoridades superiores jerárquicas  
respectivamente " (300). Igualmente podrá declararse cuando  
la situación plantea desde el primer momento suma grave  
dad. Las consecuencias son varias, la fundamental que=  
la autoridad militar asume todas las competencias en ma-  
teria de orden público, conservando el resto la autoridad

---

(300) Se exceptúa la declaración del estado de guerra en  
la capital de la República que deberá hacerse por=  
el Gobierno, en todo caso (art. 52).

civil. Se reconoce una amplísima discrecionalidad a la Autoridad militar (art. 58) pero ni esta ni la civil pueden imponer penalidades no previstas anteriormente por las leyes. Como dato significativo, encontramos de nuevo un principio de inversión de la carga de la prueba -- (301).

#### 2.5.3.3.- Procedimiento

En cuanto al procedimiento (302), regula-

---

(301) "Serán considerados como presuntos reos los que se encuentren o hubieren estado en sitios del combate durante éste sin perjuicio de probar su inculpabilidad, hallándose en el mismo caso los que sean apprehendidos huyendo o escondidos, después de haber estado con los rebeldes o sediciosos" (art. 54).

(302) El procedimiento tenía carácter de especial, una vez declarado el estado de prevención o suspendidas las garantías. Por ley de 18 de junio de 1936 fue modificado, en parte, el procedimiento previsto. A este respecto interesa recoger, como síntoma de lo que se interpreta como alteración del orden público, los delitos de los que conocen los Tribunales de urgencia. El párrafo primero del art. 64=

do en el título III, no permite agravación de las penas y tiene carácter de urgente. Se señalan normas especiales de cumplimiento de la condena para los reos (delincuentes políticos) de estos delitos (art. 62, 4º). Cuando hubieren comenzado a conocer los Tribunales seguirán sus actuaciones "aunque cesare el estado de prevención o se restablecieran las garantías constitucionales... por el procedimiento establecido en el presente título, de todas las causas incoadas" (art. 64). El procedimiento se sigue

---

queda redactado así: "Los tribunales de urgencia así constituidos serán los únicos competentes para conocer los delitos contra el Orden público comprendidos en el lib. II, tit. III, capítulos I, II y III del código penal; los cometidos mediante el empleo de explosivos, sustancias inflamables o gases tóxicos, los de terrorismo, los de tenencia ilícita y depósito de armas. También serán considerados delitos contra el orden publico las infracciones determinadas en el art. 3º de esta ley, cuando tengan una finalidad política o social o tiendan directamente a perturbar el orden público. Conocerán igualmente de cuantos delitos guarden conexión en cualquiera de los determinados anteriormente". La redacción de la ley señalaba que "los tribunales así constituidos serán los únicos com-



ante los tribunales ordinarios.

#### 2.5.3.4.- Sanciones gubernativas

De la misma manera la ley (arts. 18 - 33,47,58 y 61) señala la posibilidad de imponer sanciones administrativas cuando los hechos no constituyere delito. Las características de estas sanciones son: a) = proporcionalidad al caudal o ingresos del multado; b) = gradación de la cuantía según el órgano que las impone; d) ejecutividad; d) no obstante, cabe recurso contra las mismas, tanto en vía administrativa (303), como ante el=

---

petentes para conocer de los delitos contra el orden público y señaladamente se los emprendidos en los capítulos I,II, y III del libro segundo del Código penal, en la ley de 10 de julio de 1894 y en la ley de 9 de enero de 1932. También conocerán de cuantos delitos guardan conexión con cualquiera de los enumerados anteriormente.

(303) La multa debe ser abonada en el plazo de 48 horas, en cuyo intervalo cabe recurso de alzada que deberá resolverse en un plazo no superior a 10 días y abonarse, si fuera desestimado o estimado sólo en parte, en las veinticuatro horas siguientes.

Tribunal de Garantías constitucionales (304), aunque en=

---

(304) Así se refiere al Tribunal de Garantías Martín Re-  
tortillo: "De esta manera el vacío que venía carac-  
terizando tradicionalmente al sistema contencioso-  
administrativo iba a ser completado por una instan-  
cia que era, incluso, mucho más ventajosa desde --  
la perspectiva de la situación de los particulares.  
En efecto, hubiera sido posible que para esta nue-  
va instancia que se trataba de articular, se hubie-  
ra acudido a autorizar a los tribunales contencio-  
so administrativos, el conocimiento de nuevas mate-  
rias. Hubiera podido habilitarseles expresamente -  
para que conocieran sin trabas de las pretensiones  
relacionadas con el orden público. De haber sucedi-  
do así, el paso en relación con la situación ante--  
rior hubiera sido ya muy importante. En todo caso,  
conviene recordar que por aquel entonces los Tribu-  
nales contenciosoadministrativos estaban organizados  
a base del denominado sistema de tribunales mixtos,  
sistema cuyos inconvenientes han sido puestos reite-  
radamente en evidencia y que, en la época, pudieron  
haber constituido motivo de recelo. De ahí que el -  
hecho de potenciar la jurisdicción constitucional -  
para residenciar los conflictos suscitados en la ma

---

teria de orden público fuera un acontecimiento de mayor intensidad, de verdadera importancia en la evolución del tema... Quizá aunque parezca paradójico fue en relación al recurso de amparo en donde destacó más la eficacia del Tribunal de Garantías constitucionales. Esto ha sido analizado como un dato negativo por quienes han estudiado en su conjunto el significado del Tribunal. Así J. Tomas Villarroya ha señalado que a la buena marcha del Tribunal, entre otras razones, "le perjudicó la amplitud con que tuvo que conocer del recurso de amparo". "De esta manera -resume el mismo autor- el Tribunal de garantías se convirtió en instancia judicial única para el amparo, viéndose obligado a intervenir frecuentemente en cuestiones minúsculas o infundadas en deterioro de la alta autoridad que le correspondía como Tribunal Constitucional". "Las sanciones de Orden público en Derecho español, págs. 51-53.

Quizá estas objeciones sean exactas, Quizá, desde un punto de vista global, y a la hora de analizar el Tribunal en su conjunto, pueda estimarse que dispersó sus fuerzas en cuestiones minúsculas. Sin embargo, cuando el problema se aborda desde el punto de vista de la recurribilidad de toda una categoría de actuaciones administrativas, las frases anteriores son la mejor prueba de que el recurso de amparo constituyó un logro bien

este segundo caso el recurso no suspende la ejecución; e) en caso de impago cabe arresto sustitutorio, pero - este último es dictado por el juez "si fuere requerido para ello por la Autoridad gubernativa; f) la duración del arresto es variable: hasta un mes en estado de normalidad (art. 18); hasta dos meses en estado de prevención (art. 33) y hasta tres meses en estado de alarma y guerra (arts. 47, 58 y 51) (305).

---

positivo. Como por ensalmo desaparecía la tradicional inmunidad jurisdiccional de la Administración. No se había producido, en realidad, ensalmo alguno. Sucedió tan solo que se había puesto en marcha, con los cuidados pertinentes, una vía jurisdiccional adecuada".

(305) La cuantía de las multas ya desde 10 ptas. hasta 20.000 ptas en los casos más graves. En cuanto a la posible incidencia económica de estas cantidades veamos algunos datos relativos a precios y salarios de 1933:

A) Máximos y mínimos y en pesetas: Mineros 9,96-6,81; Metalúrgicos: 10,56-6,92; Albañiles: 10,11-7,00; Ebanistas: 9,86-6,75; Vidrio y cristal: 10,48-7,14; Agrícolas: 7,51-4,88. Se trata de medias correspondientes a jornadas de ocho horas. De la misma manera hay una fuerte desproporción entre salarios de hombres y

2.6.- La legislación de orden público a partir=  
de 18 de julio de 1936.

Sobrevenido el 18 de julio de 1936, la ley de 1933 continuará en vigor en el nuevo régimen. Esta vigencia queda confirmada por Decreto de 18 de octubre de 1945, El art. 2 del Decreto establece algunas salvedades en su aplicación, si bien no afectan a ninguna cuestión= fundamental, sino a aspectos de la necesaria adecuación= a las nuevas instituciones: "cuantas alusiones se hacen= en la ley de 28 de julio de 1933 a la Constitución, al - Gobierno de la República, al Tribunal de Garantías consti= tucionales, las regioes autónomas, a sus estatutos y a - códigos y leyes derogadas se entenderán no hechas si afec= tan a instituciones suprimidas o referidas en otro caso al Fuero de los españoles y a leyes en vigor en el nuevo Estado".

---

mujeres, así en la industria textil: hombres: 8-75  
6,05, mujeres: 4,11-2,32.

B) Precios en Madrid en 1933: Carne de vaca de --  
segunda: 3,78. Sardinass: 1,57; Pan candeal: 0,65=  
Arroz: 1,18; Garbanzos: 1,42; patatas: 0,22; Leche  
0,70; huevos: 2,53 docena. Los precios son en pesetas y en kilogramos y litros.

La ley de 1933 se mantendrá hasta 30 de julio de 1959, si bien las modificaciones sustantivas que siguen a partir de 1936 son tales que el alcance de la misma experimenta una alteración radical. Esta se produce por la aparición de normas nuevas y sobre todo como resultado el cambio de situación de poder las primas supralegales modificarán el sentido de la ley (306). Si -

---

(306) Uno de los ejemplos más claros de lo que señalamos se encuentran en la ley de amnistía de 23 de septiembre de 1939; en su art. 1º decía: "se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualquiera de los delitos contra la Constitución (de la República), - contra el orden público, infracción de las leyes de tenencia de armas y explosivos, homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacción y de cuantos - con los mismos guarden conexión, ejecutados entre el 14 de abril de 1931 hasta el 18.VII-36, por personas de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre que aquellos hechos por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el - sentido antipatriótico de las organizaciomes y gobierno que con su conducta justificaron el Alza-miento".

anteriormente señalábamos que el orden público tutela -  
la seguridad de los órganos del Estado y del grupo en -  
el poder, las modificaciones a que vamos a hacer referencia  
refuerzan esta impresión.

2.6.1.- La legislación de orden público en la gue-  
rra civil (1936-1939).

Las necesidades del momento tratan de aco-  
modar la ley republicana a las nuevas necesidades del -  
bando nacionalista. El estado de guerra es declarado en  
el bando de la Junta de defensa de 28 de julio de 1936=  
(307). El bando suponía que muchos delitos, como señala  
Rodríguez Devesa, "se convirtieron por asimilación en -

---

(307) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED].

rebelión militar" (308). Las competencias en materia de orden público pasaban a la Autoridad militar; el art. 10 del bando señalaba igualmente que la jurisdicción de guerra decide cuando deben remitirse los casos a la autoridad militar, lo que se produce cuando "a -- juicio de las autoridades militares no tengan relación con el orden público. El Decreto-ley de 16 de febrero de 1937 insiste en este trasvase de competencias incluso "al quedar asegurada la ocupación de la provincia o plaza y haber dejado de constituir su territorio o zona, parte de la vanguardia del Ejército" (art. 2). El resto de competencias quedaban a cargo de la autoridad civil, si bien, "La Autoridad militar podrá delegar su función en lo que al orden público se refiere en persona libremente designada por ella". El Decreto ley suponía, al tiempo, una modificación en lo referente a la cuantía de las sanciones que fijaba la ley de 28 de ju

---

(308) "Derecho penal español. Parte General", 4ª ed., Madrid, 1974, pág. 104.



lio de 1933 (309).

La ley de 29 de diciembre de 1938 ratificó dicho decreto mientras durara la guerra, pero disponía que en aquellos territorios en que se hubiera logrado la normalidad, aún permaneciendo la guerra, las competencias referentes a los arts. 2 y 3 de la ley de orden público de 1933 pasaran a la Autoridad civil sin excluir la posibilidad de que pudiera invocar en su auxilio a la Autoridad militar o de que esta asumiera las competencias en materia de orden público en casos de urgencia.

---

(309) "Art. 4: el límite máximo de imposición será el siguiente: comandantes militares y alcaldes, hasta 500 ptas. Gobernadores civiles y militares, - hasta 10.000 ptas. Generales de División, hasta= 20.000 ptas. Generales jefes del Ejército y Gobernador general, hasta 50.000 ptas". El art. 5 tiene interés porque abre una posibilidad luego repetida: la posibilidad de que, atendidas las condiciones económicas del infractor y atendida la malicia de la infracción, el inferior podía solicita del superior la imposición de sanción dentro de su competencia.

La norma anterior será derogada (310) por ley de 7 de octubre de 1939, si bien deja a salvo la competencia de la autoridad militar en los casos en que señala la ley de 29 de diciembre de 1938.

Junto a este aspecto, importante en la medida en que fija la autoridad competente en materia de orden público, hay dos leyes, entre otras, en el período posterior a la guerra civil con un interés especial por lo que extienden y trivializan el concepto de orden público. Dicha trivialización vendrá acompañada de una nueva merma de garantías: la ruptura declarada del principio de tipicidad de los delitos y las penas con vistas a garantizar una mayor discrecionalidad del

---

(310) En fechas posteriores, sin embargo, será citado de nuevo. Así ocurre con la ley de 2 de setiembre de 1941 sobre atribuciones y funciones de las Jefaturas superiores de policía. Se señala que en Materia de sanciones, cuando la multa deba exceder de la competencia del funcionario puede invocar al superior para agravar la cuantía "dentro de los límites señalados en el Decreto-ley de 16 de febrero de 1937" (art. 7).

aparato represivo. Estas leyes son las de 9 de febrero de 1939 ("ley de responsabilidades políticas") (311) - y la de 29 de marzo de 1941 ("ley sobre la seguridad del Estado"). Así quedaban justificadas ambas leyes - en sus preámbulos:

"Los actos u omisiones que den lugar a la exigencia de responsabilidades políticas se enumeran con amplitud para que resulten comprendidas todas las actuaciones que, a juicio del Gobierno, son merecedoras de castigo. Esta extensión obligada de la materia penal se compensa con la amplísima latitud que se concede para fijar la medida de las sanciones y que permitirá que estas puedan resultar intrínsecamente justas y perfectamente adecuadas a los distintos grados de responsabilidad. El juicio arbitral será tan grande como lo exige la complejidad de los actos y omisiones que han de juzgarse" (ley de 9 de febrero de 1939).

"La imperfección con que nuestras leyes penales, plagadas de los prejuicios propios del momento legislativo en que fueron promulgadas, sancionan cuando no olvidan muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado, requiere una meditada revisión de sus preceptos, singularmente en aquellas formas de delincuencia, que por sus repercusiones públicas y sociales han sido desatendidas en anteriores regí-

---

(311) Continuamente recordada su vigencia, al menos en ciertos aspectos. Ultimamente se remite a ella el preámbulo del Decreto-ley de prevención del terrorismo de 26 de agosto de 1975.

menos merece la atención preferente del nuevo Estado". Insiste en este desfase y concluye "... a= ello obedece la presente ley cuya finalidad no es otra que la de supbir deficiencias de nuestra vi= gente legislación, que vienen creando preocupación constantemente reclamda de los Tribunales de just<sub>i</sub> cia, actualmente indotados en muchas materias de - esta disposición del instrumento legal necesario - al cumplimiento de su más sagrada misión, hoy en - parte regida solamente por el rigor escrupuloso de la analogía" (ley de 29 de marzo de 1941 (312)).

La ley de 1941 imponía pena de muerte, como pe= na única, en determinados delitos; castigaba duramente - actos preparatorios como la conspiración y la proposición con penas que podían llegar hasta 20 años de privación de libertad; condenaba la omisión de la inmediata denuncia - de los delitos castigados con pena de muerte; establecía= una excusa absolutoria para aquellos que, comprometidos, - denunciaran con tiempo para evitar la perpetración... La= jurisdicción competente era la militar.

La ley de 2 de marzo de 1943 equiparaba a la re= belión militar hechos de trascendencia política y social=

---

(312) Fue derogada expres mente por el art. 10 del Decre= to-ley de bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947, si bien muchos de sus aspectos quedaban inte= grados en dicho Decreto; a pesar de lo cual el art. 604 del Código penal de 1963 se remite a ella.

y consideraba asimismo reos del delito de rebelión militar a quienes atentaren contra las personas o causaren daños en las cosas por móviles terroristas.

La enumeración que hemos hecho es puramente indicativa. Podíamos citar entre otras las de 1 de marzo - de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, = las de 26 de octubre de 1939 y 30 de septiembre de 1940, así como el Decreto-ley de 18 de abril de abril de 1947 sobre bandidaje y terrorismo cuya dureza es comparable - a la ley de 1941.

De cualquier manera hay que señalar, sobre todo ante el contenido de los dos preámbulos recogidos cuyo tono nos libera de todo comentario, que toda revolución - o golpe de Estado suele venir acompañado de este tipo de medidas. No es un caso aislado sino la respuesta jurídica obvia de defensa y mantenimiento en el poder logrado. Las plusvalías y primas supralegales no operan, en estas si-tuaciones, únicamente a nivel de interpretación, sino también forzando y produciendo un reforzamiento de los elementos defensivos de la nueva situación. De todos modos interesa destacar, de nuevo, el modo como el aparato represivo se incrementa siempre a base de pérdida de competencias de otros órganos y a base de sufrir los ciudadanos una merma en sus más elementales garantías, como pudiera ser, en

lo que afecta al preámbulo antes citado, el desprecio - del principio de tipicidad de los delitos. Ante dos bienes jurídicos en conflicto, protección de los derechos 9 del ciudadano y de modo fundamental el saber a qué atenerse (seguridad personal, seguridad jurídica) y defensa de los aparatos de Estado (seguridad del Estado), -- prima este segundo.

La legislación de orden público del régimen -- que surge a partir de la guerra civil es abundantísima,= centrándose en agravación de las penas (en muchos casos= absolutamente desproporcionadas), limitación de derechos y garantías destacando en esta limitación la que se produce en materia de garantías procesales, incremento de - las competencias del Ejecutivo y absoluta deslegalización de la declaración de suspensión de garantías y, en muchos casos, aplicación de estas penas y delitos con carácter - retroactivo.

2.6.2.- La ley de orden público de 30 de julio de= 1959.

Con esta fecha es derogada, por una nueva, la vieja ley de orden público de 1933. La estructura de -

ambas es pareja. En el preámbulo se dice:

"La reforma se ha centrado fundamentalmente sobre -- la delimitación precisa y actual del orden público,= la delimitación orgánica y unitaria del instrumento= encargado de velar por él, el desarrollo rigurosamen<sup>te</sup> te sistemático de los estados de crisis reduciendo - éstos a los que son racionalmente admisibles: los de excepción y guerra...".

veamos, de todos modos el sentido de esta afirmación.

#### 2.6.2.1.- Alcance del orden público.

El art. 1 al dar un criterio de orden público introduce, en relación a 1933, un elemento nuevo= -la paz interior- ya recogido en el anteproyecto de --- 1929 (313): "el normal funcionamiento de las institucio<sup>nes</sup> nes públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos= individuales, políticos y sociales, reconocidos en las= leyes, constituyen el fundamento del orden público". El

---

(313) Aunque el anteproyecto de Primo de Rivera habla = de "paz general".

art. 2 contiene un repertorio de actos contrarios al orden público, pero... concluye con una cláusula de "numerus apertus":

"art. 2: son actos contrarios al orden público:

- a) los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los españoles y demás leyes fundamentales de la nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.
- b) los que atenten o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciendo abusivamente de las circunstancias.
- c) los paros colectivos, y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros.
- d) los que originen tumultos en la vía pública y cuales quie a otros en que se emplee coacción, amenaza, o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.
- e) las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias.
- f) todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella.
- g) los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos.
- h) excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la autoridad o sus agentes tojaren para conservar o restablecerlo.
- i) los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente ley o alterasen la paz pública o la convivencia



cia social" (314).

---

(314) La ley desde el primer momento presentó dificultades de interpretación, por lo que una Circular -- (6/1964) de la Dirección General de Política Interior trató de aclarar su sentido. "Para poder encuadrar una infracción gubernativa en la ley de orden público, es preciso que el acto ilícito afecte directamente al mantenimiento del orden. No basta con que aquel implique una conducta antisocial y produzca una perturbación o un malestar en determinadas esferas. El apartado i) del art. 2 de la ley de orden público hay que relacionarlo en cuanto al substrato y gravedad de los actos en él previstos con los demás apartados de dicho artículo, concretamente referidos a serias alteraciones que estorban el libre ejercicio de los derechos ciudadanos. No cabe pues recurrir a la Ley de orden público para sancionar esa multitud de extralimitaciones sociales de limitada repercusión y constante acaecimiento perfectamente reprimibles a través de las facultades punitivas normales de la autoridad gubernativa...".

El art. 2 i) permite, por otro lado, que leyes posteriores hagan referencia a la misma. Así el art. 6

La comprensión de dicho artículo se completa - con la regulación de competencias establecidas sucesivamente -unas normas completan a otras o las derogan a par tir del Decreto-ley 1794/1960 de 21 de septiembre sobre bandidaje y terrorismo (315) que volvía a incidir en reco nocer competencia para conocer de estas materias a la -- Jurisdicción militar. El art. 3 de la ley de 2 de diciem bre de 1963 sobre creación de un Tribunal y Juzgado de - orden público dice textualmente:

---

de la ley de 27 de julio de 1968 sobre percibo de - cantidades anticipadas en la construcción y ventas= de viviendas, dispone: "el incumplimiento por el pro motor de lo dispuesto en esta ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta con forme a las normas previstas en la ley 45/959 de 30 - de julio, de orden público, en perjuicio de la compe= tencia de los Tribunales de justicia.

(315) Sobre dicho Decreto, M. Barbero, "Los delitos de - bandolerismo, rebelión militar y terrorismo rggulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960" en "Estu dios de Criminología y Derecho Penal", Valladolid, -- 1972.

"Dentro de la jurisdicción ordinaria, con sede en Madrid, se crea un Tribunal de Orden público al cual se le confiere competencia privativa en todo el territorio nacional respecto de los demás juzgados y tribunales de dicha jurisdicción para juzgar los hechos delictivos siguientes:

a) Los comprendidos en el título I -contra la seguridad exterior del Estado-; en el título II, capítulo I -contra el Jefe del Estado, las Cortes, Consejo de Ministros y forma de gobierno-; secciones primera y cuarta del capítulo II -con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes-; capítulo III -rebelión-; capítulo IV -sedición-; capítulo I -disposiciones comunes a los dos anteriores-; capítulo IX -desórdenes públicos- y en su caso capítulo X -disposiciones comunes- y capítulo XI -propagandas ilegales y en el título XII, siempre que obedezcan a un móvil político o social, los del capítulo I -detenciones ilegales-; capítulo II -sustracción de menores-; capítulo V -allanamiento de morada-; capítulo VI -amenazas y coacciones- y capítulo VII -descubrimiento y revelación de secretos-, todos del libro II del Código penal.

b) aquellos de cuyo conocimiento se inhiba la jurisdicción militar, a tenor del párrafo último del artículo octavo del Decreto 1794/1960, y estar comprendidos en esta ley.

c) Los delitos conexos y las faltas incidentales de los delitos mencionados en los dos apéndices anteriores.

Este Tribunal conocerá también, en el supuesto a que se contrae el párrafo primero del art. 43 de la ley de orden público de 30 de julio de 1959 y con jurisdicción en todo o en parte del territorio nacional a que afecte la declaración del estado de excepción a que se refiere, de los hechos delictivos que el art. 44 de dicha ley atribuye al Tribunal de urgencia".

La ley 44/1971 de 15 de noviembre introduce -  
los siguientes retoques:

"Disposición adicional: se adiciona el apartado a) -  
de artículo tercero de la ley de 2 de diciembre de -  
1963 la expresión "capítulo XII, de la tenencia y de  
pósito de armas y municiones y de los delitos del te  
rrorismo y tenencia de explosivos" y capítulo XIII, -  
en su caso, disposición común, que deberá entenderse=  
colocada a continuación de la expresión "propagandas  
ilegales" que figura en el texto".

Finalmente, la ley de bases orgánica de la Jus-  
ticia de 28 de noviembre de 1974, señala:

"art. 35: el Tribunal central de lo Penal conocerá,  
sin especialidad alguna en cuanto al procedimiento.  
que en <sup>su</sup> caso corresponda,...

...4º.- los del título I del libro II del Código pena  
los comprendidos en el capítulo I y en la sección pri  
mera del capítulo II del título II del mismo libro; -  
los de rebelión o sedición; los desórdenes públicos -  
cuando tengan finalidad político-social; los de propa  
gandas ilegales; los de depósito de armas y municione  
terrorismo y tenencia de explosivos, siempre ue, en p  
cualquiera de dichos casos, proceda imponer pena de -  
arresto menor o multa de 50.000 ptas.

5º.- de delitos distintos de los comprendidos en los=  
párrafos anteriores cuando, por razón de su extraordi  
naria complejidad o de sus grandes efectos en el ámbi  
to nacional, la Sala del Tribunal Supremo acuerde que  
su instrucción corresponda a un Juzgado Central de ==  
los dependientes de este Tribunal".

El parecido entre este artículo y el art. 3 de  
la ley de 1963 es tal que no precisa de mayores comenta-

rios. La contradicción es mayor cuando en las disposiciones generales de la ley de 28 de noviembre de 1974 leemos, "así pues se proclama de manera clara y precisa el carácter independiente de la justicia ya que, como tantas veces se ha dicho, la nota diferenciadora y típica del ejercicio de la función jurisdiccional, que determina la suprema garantía del normal ejercicio de los derechos proclamados por las leyes fundamentales del Estado, es la que se recoge -- en el principio esencial e indiscutido de la independencia de la Justicia".

La ley de 1963 y el Decreto ley de 1960 son refundición de otros anteriores al amparo de la transitoria segunda de la ley de orden público de 1959. El decreto-ley 1794/1960 refunde las leyes de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-ley de 18 de abril de 1947 "manteniendo la competencia que ambas establecían para enjuiciar los delitos objeto de su regulación" (del preámbulo de la ley de 2 de diciembre de 1963). La ley de 1963 supone una modificación del decreto de bandidaje y terrorismo a la par que regula un procedimiento y un Tribunal. Al mismo tiempo "por supresión del Tribunal especial de masonería y comunismo se atribuyen al conocimiento del Tribunal y juzgado expresados, ante el propósito de concreción jurisdiccional que caracteriza a esta ley, los delitos previstos en la de 1 de marzo de 1940" (del preámbulo de la ley de 2 de diciem

bre de 1963).

El contenido de la ley de 1963 es eminentemente= procesal, no produce agravación de las penas previstas en el código penal ordinario; en cambio el decreto sobre bandidaje y terrorismo es fundamentalmente sustantivo y en él se repite continuamente la pena de muerte como sanción; además el procedimiento es sumarísimo (art. 8). La ley suponía además la derogación del art. 2 del decreto, que fue puesto en vigor, de nuevo, por Decreto-ley de 16 de agosto de 1968.

Con fecha 15 de septiembre de 1974 se publican == dos leyes que reforman determinados aspectos del código penal ordinario y del código de justicia militar (leyes 42/1971 y 44/1971). La ley 44/1971 deroga el Decreto ley= de bandidaje y terrorismo, en realidad lo que ocurre es - que la ley regula de diferente manera, sobre todo hay una disminución de las penas, los supuestos recogidos en el De= creto-ley. En torno a estas dos leyes Rodríguez Devesa ob= serva que atribuyen "a jurisdicciones distintas hechos == sustancialmente idénticos, con la peculiaridad de que la= decisión sobre la competencia de unos u otros tribunales= afecta al derecho sustantivo" (316). No se trata pues, y=

---

(316) "Derecho penal español. Parte especial", 5ª ed. Ma= drid, pág.787.

en esto hay ya una larga tradición, de una mera cuestión de Tribunal competente sino que la decisión de competencia, atribuída además a la jurisdicción militar, afecta también al derecho que debe ser aplicado.

#### 2.6.2.2.- Valoración de la ley

De una lectura concordada quedan en claro una serie de conclusiones: se refuerza la impresión de que la seguridad del Estado consiste en la mera defensa de sus órganos y de los titulares de los mismos (317); se concede

---

(317) Impresión que se refuerza ante la inaplicación de ciertos objetivos de la ley de orden público como "los que alteren o intenten alterar... el normal funcionamiento y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciéndose abusivamente de las circunstancias (art. 2,b) o "los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos" (art. 2,g) o si nos preguntamos cuándo se ha declarado el estado de excepción "si la magnitud de una calamidad catástrofe o desgracia pública lo aconsejare" (art. 25, 1). El mi

mo hecho de que en estas cuestiones no sea competente el Tribunal y juzgado de orden público es una prueba más. A este respecto veamos la clasificación de las causas incoadas por los juzgados de orden público en el periodo 1971-1973 (Revista "Posible", nº 1 de 15 de noviembre de 1974):

A) Contra la seguridad exterior

a) que compromete la paz o independencia del Estado	3	1	1
b) traición	-	1	-
c) Ultrajes a la nación	3	7	14
d) ultrajes a la bandera	1	10	-

B) Contra la seguridad interior    1971    1972    1973

a) injurias al Jefe del Eº	55	58	47
b) Contra las leyes fundamentales	2	3	1
c) contra el ejercicio de los derechos reconocidos	39	34	15
d) Contra altos Organos	-	2	-
e) Impresos clandestinos	16	57	60
f) Manifestación ilegal	87	124	108
g) Asociación ilícita	206	186	203
h) Sedición	14	15	14



---

	<u>1971</u>	<u>1972</u>	<u>1973</u>
i) Atentado	-	-	1
j) Desacato	-	1	-
k) Desórdenes públicos	282	192	230
l) Propagandas ilegales	587	710	837
m) Tenencia ilícita de= armas	-	51	380
n) Terrorismo	-	181	72
o) Tenencia y depósito, de explosivos	-	13	13

C) Contra la libertad y la -  
seguridad:

a) Amenazas	16	22	42
b) Coacciones	17	12	8
Otros	8	-	19

---

TOTALES:    1336       1680       2065

Tal vez la mejor prueba de lo que apuntamos= venga reconocida en la insistencia con que los preámbu los de la ley de 1959 y de 1963 hablan de la no contra dicción de la legislación española con el Derecho com= parado en la materia, afirmación en muchos casos caren te de razón. Incluso el discurso de presentación de la ley de 1959 por el Ministro de la Gobernación Alonso - Vega la justifica por su paralelo con la de 1933: --=

de una especial beligerancia a los órganos del poder - ejecutivo en materia de sanciones -Martín Retortillo - habla de un "Derecho penal paralelo"-, con el "plus" - ya conocido de poder interpretar qué sea una alteración de orden público y en el marco del resto de las plusvalías; se crean Tribunales especiales (318) (de orden ==

---

"No extrañe que una ley de hace más de venticinco años venga ahora a ser en gran parte revalidada; ello es testimonio de que no procedemos con gratuitos afanes revisionistas y sirva, por otra parte, de réplica a quienes quieran desconocer que la nueva ley respeta los derechos individuales y los intereses del bien común, en igual medida que se creyera obligada a proclamar una sedicente política - liberal y democrática" (sic).

(318) La doctrina habla de Tribunales especiales dentro de la Jurisdicción ordinaria. Hablemos en este sentido o hablemos de Jurisdicciones especiales, la - realidad es su existencia, las peculiaridades de - su formación y rocedimiento y su limitación al co- nocimiento de los delitos señalados.

público y Tribunales militares) en situaciones de normalidad constitucional con la posibilidad de condenar en rebeldía y con un fuerte debilitamiento de las garantías procesales (319); las Cortes no pueden ejercer ningún control sobre la declaración de los estados ex-

---

(319) El Congreso de la Abogadía de León solicitaba - la abolición de la Jurisdicción de orden público basándose en las siguientes razones de tipo= estructural: a) Posibilidad de que en ocasiones el criterio rigorista de una sola persona (el - Presidente del Tribunal, único para todo el país), diera una interpretación amplia a las normas de= la Ley procesal, reguladoras de las facultades - de dirección del proceso, quebrándose así, en to= da una amplísima parcela del ordenamiento jurídico punitivo (la materia de Orden público), el tradicional criterio, que siempre honró a la Magistratura española, de conceder la más amplia libertad a las defensas para el interrogatorio tendente - al total esclarecimiento de los hechos, incluso - los relativos a posibles malos tratos a los detenidos, etc. cuya investigación en el acto de la - vista puede resultar precisa para la exacta con-

---

ción de lo acaecido y adecuado conocimiento de los hechos;

b) peligro de que la dedicación constante a un -- mismo tipo de cuestiones conduzca a una pérdida -- de agilidad en los administradores de justicia, -- produciendo la rutina el gravísimo mal de no poder valorar adecuadamente las circunstancias de cada -- hecho, con el consiguiente efecto de pérdida de valor de las pruebas practicadas en el juicio oral, -- pérdida de valor y eficacia de los informes orales, etc.

c) el conocimiento son las correspondientes secciones de las Audiencias provinciales de los delitos y hechos atribuidos a la jurisdicción de orden público con carácter central lograría, como es lógico, -- el restablecimiento del principio de inmediación, -- en virtud del cual, como consecuencia de la competencia territorial, el enjuiciamiento de los hechos -- puede hacerse con mayor grado de autenticidad en el lugar de su comisión y con mayor grado de autenticidad en el lugar de su comisión y con mayor conocimiento de las circunstancias que los rodearon (Resumen de la Revista "Posible", número citado, pág. 7). Un nuevo dato, que puede resultar significativo, lo ofrece el hecho de la práctica confirmación por el Tribunal Supremo de las sentencias recurridas. Como

cepcionales, simplemente son informadas del Decreto -- del Gobierno; se rompe el principio de tipicidad de -- las sanciones administrativas y en otros se regulan -- con tran gran amplitud que la seguridad jurídica prácticamente desaparece (320)... con lo que, quizá, habría que preguntarse si no se está permanentemente en una si tuación de excepción.

---

ejemplo sirva el dato de que en 1972 de 102 senten-  
cias recurridas fueron confirmadas 99. El dato es=  
más significativo si lo comparamos con la actitud=  
del mismo Tribunal frente a recursos contenciosos=  
frente a la Administración en materia de ejercicio  
de derechos reconocidos, aunque aquí, como hemos -  
señalado, sea de lamentar la no apreciación genera-  
lizada de responsabilidad administrativa.

(320) La quiebra es más grave si pensamos, ya no en ma-  
teria de sanciones administrativas, sino en el art.  
6,1º, b del Decreto de bandidaje y terrorismo rom-  
piendo el principio de tipicidad de los delitos al  
imponer a los "componentes de la partida que hubie-  
ran colaborado de cualquier modo a la comisión de=  
algún delito castigado con pena de muerte en este=  
Decreto", la peja de muerte como pena única (el su  
brayado es mío). Las leyes de 15.XI.1975 eliminan=  
esta pena como pena única, y precisan en mayor me-  
dida ese de "cualquier modo".

La estructura de la ley de 1959 es la típica de todas las leyes de orden público: un primer capítulo dedicado a definir el concepto y las autoridades encargadas de mantenerlo regulando posteriormente las facultades en cada situación: facultades ordinarias y facultades en estado de excepción y guerra -se suprime el estado preventivo de la ley de 1933- para acabar con el procedimiento especial en estado de excepción - en que junto a normas de procedimiento se incluyen otras relativas a la creación de tribunales de urgencias en las Audiencias (326).

#### 2.6.3.- La declaración de suspensión de garantías

Las leyes fundamentales españolas contemplan dos supuestos recogidos en el art. 35 del Fuero de los Españoles cuyo proceso se describe en la ley de orden público vigente y el supuesto de poderes excepcionales del Jefe del Estado recogido en el art. 10 d) de la ley orgánica del Estado.

El estado de excepción, como competencia del Gobierno es declarado mediante decreto-ley:

---

(326) En páginas siguientes se comentan algunos de los aspectos fundamentales de la ley.

"La vigencia de los artículos doce, trece, catorce, quince, dieciseis y dieciocho podrá ser temporalmente suspendida por el Gobierno total o parcialmente mediante decreto-ley que taxativamente determine el alcance y duración de la medida".

El texto ofrece la novedad de la posibilidad de suspensión de la libertad de domicilio y la inviolabilidad de correspondencia que no aparecían anteriormente en el cuadro de garantías y libertades que podían ser suspendidas.

La comunicación a las Cortes, recogida en el mismo art. 35, no constituye nada más que una deferencia que no permite el más mínimo control parlamentario. Incluso, el art. 26 de la ley de 30 de julio de 1959 señala que no es necesario el trámite previsto en el art. 10,3 de la ley de régimen jurídico de la administración del Estado, a su vez referido al art. 12 de la ley de Cortes, a fin de apreciar la urgencia. El estado de excepción queda así enteramente en manos del gobierno, si bien en el caso de que no se hubiera logrado restablecer la normalidad en los tres meses siguientes al estado de excepción -dichos tres meses a pesar de la confusión de la redacción de la norma, deben ser interpretados como el tope de la declaración (327)- el Gobierno pondrá -

---

(327) De todos modos el Decreto ley de 26 de agosto de --

en conocimiento de las Cortes las razones que aconsejan su prórroga. Del Decreto por el que se restablecen de nuevo las garantías y derechos suspendidos del Fuero de los españoles, se dará cuenta inmediatamente a las Cortes.

En relación al estado de guerra hay que señalar que sólo puede declararse por dos meses, susceptibles de prórroga si persisten las circunstancias que lo motivaron. La declaración del estado de guerra se produce "en los siguientes supuestos":

- "a) Cuando la alteración que motivó el estado de excepción haya adquirido tales proporciones o gravedad que no pueda ser dominada por las medidas adoptadas por la Autoridad civil"
- b) Cuando se produzca una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado

---

1975 suspendió durante dos años los arts. 13 (el plazo de las 72 horas de la detención a la libertad o el auto de procesamiento) y 14 (inviolabilidad de domicilio). La propia disposición final segunda se remite al art. 35 FE, lo que supone una declaración de estado de excepción parcial. El plazo de los 3 meses a que nos referíamos arriba resulta de una interpretación de la ley de orden público. El art. 35 sólo habla de que fija la duración de la medida, pero no señala cuál debe ser ésta.



y sus instituciones políticas o la estructura social" (art. 35 LOP de 1959).

La declaración acordada mediante Decreto-ley= con las mismas formalidades que la declaración de estado de excepción. Aunque no se dice nada de la no observancia del trámite del art. 10,3 LRJAE habrá que pensar que tampoco ha de ser guardado, pero a diferencia de la declaración de estado de excepción, que sólo puede ser= declarado por el Gobierno, el estado de guerra, a tenor del art. 37 de la ley de orden público, puede ser declarado por la Autoridad gubernativa que "se pondrá urgentemen e en relación con la Autoridad militar y la judi9 cial ordinaria, siempre que "no pudiera establecer comunicación con el Gobierno... de todo ello se dará cuenta al Gobierno tan pronto como sea posible".

En lo relativo a los poderes extraordinarios - del Jefe del Estado el art. 10, d) dice lo siguiente:

"art. 10: el Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del reino, para:

d) Adoptar medidas exdēpcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio oel sistema institu= cional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes".

medida que, a tenor del art. 17,2 de la ley orgánica del

Consejo del Reino de 22 de julio de 1967, no requiere dictamen vinculante de dicho Consejo. En estas condiciones la única posibilidad de control resulta del juego que pueda dar la necesidad de refrendo, por el Go=  
bierno, de las medidas concretas adoptadas, si bien, -  
dadas las facultades del Jefe del Estado de nombramiento y remoción de sus miembros, la realidad de tal control puede quedar en la letra de la ley. De todos modos se echan en falta las garantías estipuladas por el art. 16 de la Constitución francesa de 1958 del que parece=  
haberse extraído (328).

---

(328) Art. 16 de la Constitución francesa de 1958: ==  
"Cuando las instituciones de la República, la -  
independencia de la Nación, la integridad de su  
territorio o el cumplimiento de sus compromisos  
internacionales estén amenazados de una manera=  
grave e inmediata, y el funcionamiento regular=  
de los poderes públicos constitucionales esté in  
terrupto, el Presidente de la República tomará  
las medidas exigidas por tales circunstancias, -  
previa consulta oficial con el primer ministro,=  
los presidentes de las asambleas y el Consejo ==  
Constitucional.

2.6.4.- La reforma de la ley de orden público  
de 21 de julio de 1971.

El objetivo de la reforma de la ley - de 30 de julio de 1959, tal y como resulta de la exposición hecha ante las Cortes por el Ministro de la Gobernación Sr. Garicano Góñi en la presentación de la ley ante el Pleno era "proceder, con la necesaria rapidez y la debida eficacia, en esos tres fundamentales campos para el ejercicio de la autoridad gubernativa - que son la siempre posible subversión, las drogas y la pornografía". La reforma alcanzó a los siguientes aspectos: a) agravación de la cuantía de las sanciones -

---

Informará de ello a la nación por medio de mensaje. Estas medidas deberán estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado a este respecto. El Parlamento se reunirá de pleno derecho.

La Asamblea nacional no podrá ser disuelta durante el ejercicio de poderes excepcionales.

pecuniarias (329), justificada en la exposición de mo-

---

(329) Según el índice de población, los alcalces pueden imponer sanciones de hasta 10.000 ptas. Los delegados del Gobierno en Canarias y Baleares hasta 10.000 ptas. Los Gobernadores hasta 100.000 ptas. El Director general de Seguridad hasta 250.000 ptas. El Ministro de la Gobernación hasta 500.000 ptas. y el Gobierno hasta un millón de pta. En caso de reincidencia o si "su conducta supone una amenaza notoria para la convivencia social", aunque no sea reincidente, cabe un incremento del 50% y en este caso puede exigirse el abono inmediato de la sanción. Caso de impago se impone, en todos los casos, arresto subsidiario de uno, dos o tres meses según la Autoridad que impuso la sanción.

Frente a la sanción cabe recurso, previo depósito del tercio de la cuantía.

El procedimiento sancionatorio es de plano en virtud del Reglamento de procedimiento del Ministerio de la Gobernación de 31.I.1947 y el Decreto 1704/1965, a pesar de que el preámbulo de la ley de 1959 habla de "respetándose las garantías de legalidad penal clásica en este derecho".

tivos como consecuencia del aumento del nivel de vida - de los españoles y "buscando además la lógica analogía= con las atribuciones conferidas en diversas materias -- que no es posible considerar de superior importancia a= la del orden público" (330); b) se incremen a igualmente el tiempo de arresto subsidiario: de un tope anterior de 30 días se pasa a 90 días cuando la multa hubiera sido 9 impuesta por el ministro de la Gobernación o por el Go= bierno; c) supresión de l procedimiento especial previs= to en el estado de excepción, que se justifica en la ley de 1971, por el deseo de unidad de jurisdicciones y de = supresión de Tribunales especiales. La razón no es otra que la inutilidad de dicho procedimiento luego de la ley de creación del juzgado y tribunal de orden público. La reforma, obre todo en lo elativo a los arts. 22 y 23,= agravó la situación de excepcionalidad ya señalada en pe= ríodos de normalidad constitucional.

Si la ley de 1959 no suponía grandes modifica= ciones con relación a la de 1933, sí lo supusieron las= de 1960, 1963 y 1971, sobre todo al dar carácter de nor= malidad a tribunales especiales. Así la tradicional des=

---

(330) El subrayado es mío.

confianza, ya señalada, frente a los tribunales y al procedimiento ordinario queda transformada al incorporar a dicho poder judicial en el aparato represivo.

2.6.5.9 El Decreto-ley de prevención del terrorismo de 26 de agosto de 1975.

El Decreto se inscribe en la línea autoritaria de las normas antiterroristas; tal vez suponga el punto máximo en esta línea. Su planteamiento es el ya conocido: pena de muerte, como pena única para determinados delitos; disminución de garantías de las detenciones y arrestos; tipificación de delitos y asignación de penas por el resultado; suma prolijidad a la hora de tipificar conductas preparatorias o de colaboración en este tipo de delitos, con el riesgo de lagunas...; tipificación imprecisa de conductas...; denuncias absolutorias.

El Decreto-ley señala en su art. 1 y art.

2:

"Art. 1.- 1) Las disposiciones del presente decreto-ley serán de aplicación a la prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo definidos en los artículos 260 a 264 del Código penal y 294 bis del Código de Justicia militar, así como a las figuras de delito e infracciones administrativas especialmente previstas en esta misma disposición  
2) Cuando los delitos a que se refiere el pá

rrafo anterior se cometieren contra la autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado se aplicarán, en su grado máximo, las penas señaladas en sus respectivos casos.

3) Si del atentado terrorista resultare muerte de alguna de las personas mencionadas, se impondrá la pena de muerte.

Art. 2.- Los que habiendo secuestrado a una persona causaren su muerte o mutilación, serán castigados con la pena de muerte".

En el Decreto-ley se tipifican figuras delictivas tales como la construcción de las denominadas --- "cárceles del pueblo" (art. 6,2), con prisión menor son castigados aquellos que conociendo su existencia no lo denunciaren; la entrada o salida clandestina del país de los grupos definidos en el art. 4º o que se dediquen a actividades terroristas (art. 7,2); "los que tuvieran en su poder, sin razonable justificación, manuales o instrucciones de cualquier clase para la elaboración de --- sustancias o artefactos explosivos, elementos incendiarios, manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla u bana u otros análogos" son castigados igualmente con pena de prisión mayor (art. 7,5)... igualmente se pena con prisión mayor anunciar la supuesta colocación de un artefacto explosivo (art. 7,7).

La enumeración delictiva es sumamente detallada si bien, como se ha observado, dicha pormenorización

está afecta de graves errores que se resalta en una - interpretación sistemática de la legislación penal o - por el grave riesgo de atenuación de las garantías que ofrece el principio de tipicidad de los delitos. En el primer caso podemos señalar que conductas objetivamente más graves están sancionadas con penas más leves, así - se impone prisión mayor en el caso del art. 7,5 mientras que la tenencia de armas, objetivamente más grave que la tenencia de manuales, a tenor del art. 254 del Código - penal en relación con el 258 está penado más levemente. En cuanto al segundo caso la quiebra máxima se encuentra en ese inciso relativo a la "crítica indirecta o solapada", lo que aún es más grave en relación al art. 19 del mismo Decreto; cuando los hechos a que se refiere el -- art. 19 del mismo Decreto, cuando los hechos a que se - refiere el art. 10 se cometieren "a través de cualquier medio de comunicación social". En el caso de dicho art. 19, además de la responsabilidad penal, el Consejo de - Ministros podrá imponer las siguientes medidas:

"a) al autor material, firmante o no, y al director de la publicación o medio de comunicación social suspensión en el ejercicio de su actividad profesionales, de tres meses a un año, que será causa justa de despido laboral o de rescisión -- del contrato que profesionalmente tuviere con la empresa, sin derecho a ningún tipo de indemnización.

b) al titular jurídico de las publicaciones a que se refiere la ley 14/1966, de 18 de marzo, - con independencia del secuestro previsto en dicha



ley, suspensión de la publicación en que se haya - producido la conducta delictiva por los siguientes - plazos: hasta tres meses en las publicaciones dia rias, hasta seis meses en los semanarios y hasta - un año en las restantes.

c) al titular jurídico de los demás medios de comu nicación social, con independencia del secuestro - correspondiente de la obra o producto en que se ha ya cometido la conducta delictiva, suspensión de - sus actividades hasta el plazo máximo de un año.

d) en los dos supuestos anteriores, en caso e mul- tirreincidencia, podrá ser cancelada definitivamen- te la autorización o inscripción necesarias para - el ejercicio de la actividad correspondiente".

Determinadas garantías quedan también fuertemen- te recortadas en lo que supone, aunque no lo diga así - de modo expreso el Decreto-ley, una declaración parcial del estado de excepción a tenor del art. 35 del Fuero - de los españoles: así el plazo de las 72 horas entre la detención y la puesta en libertad o la comparecencia an te el juez (art. 18 FE) se extiende a cinco días e igual- mente se suspende durante dos años la inviolabilidad de domicilio (art. 15 FE) en virtud de los arts. 13 y 14 - del Decreto y su disposición final segunda. Igualmente - en el campo de la prevención general se incrementan -- fuertemente la cuantía de las sanciones pecuniarias (331)

---

(331) "disposición adicional: los párrafos 1 y 2 del art. 19 de la ley de orden público quedarán redactados=

El Decreto-ley refuerza igualmente de forma considerable las facultades de los jefes de policía. Así según el art. 14:

"en caso de urgencia, las fuerzas de orden público podrán proceder, previa autorización del comisario jefe o del jefe de la unidad, en su caso -- al registro de un domicilio o lugar cerrado cuando se presuma que se encuentra en él una persona que pudiera resultar responsable de alguno de --

---

de la siguiente forma:

1.- Los alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de 1.000 ptas. en municipios de hasta 10.000 habitantes; de 3.000 ptas. en los de 10.000 a 20.000; de 5.000 ptas. en los de más de 20.000; de 15.000 ptas. en los de más de 50.000, y de 50.000 ptas. en los de más de -- 100.000.

2.- Los delegados del Gobierno en las Islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con -- multas de hasta 50.000 ptas. Los delegados del Gobierno a efectos de orden público en Ceuta y Melilla podrán imponer sanciones de hasta 100.000 ptas. Los jefes superiores de policía podrán imponer sanciones de

los delitos a que se refiere el presente Decreto-ley, o pruebas, efectos, o instrumentos de los mismos. De esta medida se dará cuenta inmediata al juez competente.

Dicha autorización deberá expresarse por escrito y con expresión de las razones de la urgencia cuya apreciación discrecional será de la competencia de quien la hubiere ordenado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. Fuera de los casos de urgencia se seguirá el procedimiento ordinario".

y aún más y esto sí supone novedad, los jefes superiores de policía podrán imponer sanciones pecuniarias de=

---

hasta 100.000 ptas. Los Jefes superiores de policía podrán imponer sanciones de hasta 100.000 ptas. Los gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de 500.00 ptas; el director general de Seguridad, hasta 1.000.000 de ptas.; el ministro de la Gobernación, hasta 2.000.000 de ptas, y el Consejo de Ministros, hasta 5.000.000 de ptas".

hasta 100.000 ptas. (332).

---

(332) Cfer. nota anterior. En otro sentido, la ley --- 6/1974 de 13 de febrero sobre modificación de de terminados artículos de la ley de Enjuiciamiento criminal señala en la exposición de motivos: "La ley orgánica del Poder Judicial de 1870, en su - artículo 276, y el 4º de la ley adicional de --- 1882, establecieron especiales normas procesales respecto a determinadas autoridades y funcionarios civiles. Posteriormente la ley de Régimen local - de 24 de junio de 1955 dispone en su art. 416 que el procesamiento de los Alcaldes, Concejales Pre- sidentes de diputaciones y diputados provinciales -por delitos cometidos en el ejercicio de sus car gos, sólo podrá ser acordado por las respectivas Audiencias Provinciales.

La imperiosa necesidad de salvaguardar el orden - público, absolutamente indispensable para la con- vivencia social, impone entender aquellas normas= al Cuerpo General de Policía que de manera decisi va contribuye a su mantenimiento, en una actuación tanto más eficiente y meritoria cuanto que la mis- ma implicaa veces un grave riesgo de la integridad

Se agravan igualmente las condiciones de -- privación de libertad, en todos estos casos se dicta-- rá la prisión provisional, salvo informe favorable del Ministerio fiscal a la libertad provisional (art. 15); no se pone un límite expreso de tiempo entre la detención y el procesamiento aunque se señala que "en ningún caso se tendrá la prisión más tiempo que el de la mitad de la pena máxima que pudiera corresponder al encausado, a menos que la situación alterada por el delito no haya sido completamente normalizada, y que no haya cesado la alarma producida" (art. 15); se limita fuertemente la - comunicación con el exterior de los detenidos, no inco- municados, durante la tramitación de la causa que "no - podrán utilizar otra forma que la escrita, salvo las -- que mantenga con su abogado defensor, acreditado por la autoridad judicial..." (art. 16).

El procedimiento que se siga por este tipo - de delitos tendrá prioridad en su tramitación. Los a--

---

física e incluso de la vida de sus funcionarios, todo lo cual ha de llevar como justa contraparti da por la delicada misión que se les encomienda, el otorgamiento de determinadas garantías en or- den a su protección jurídica, en los casos en que los expresados funcionarios cometan algunos hecho en el ejercicio ~~su~~ cargo que pudiera revestir los caracteres de delito".

tribuidos a la jurisdicción ordinaria se tramitarán -- por el procedimiento de urgencia. Los correspondientes a la Jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo (art. 12). En la misma medida se -- puede coartar la libertad del abogado defensor cuando -- "abierta y gravemente perturbaren el orden de los debates o diligencias, desoyendo las oportunas advertencias y requerimientos del presidente o juez" siendo revelados en el acto por el suplente designado por el inculcado y si este fuere relevado también, por el defensor de oficio designado por el Tribunal (art. 18).

2.7.- La idea de orden público en el Boletín de Documentación del Ministerio de Gobernación.

En varias ocasiones hemos aludido a la escasez de estudios sobre el tema, al menos a la escasa bibliografía sobre el concepto de orden público. Hay, -- sin embargo una curiosa bibliografía publicada en dicho Boletín. Por el carácter de la publicación podemos suponer, en cierta medida al menos, que responde a la interpretación cuasi-auténtica del organismo máximamente competente en esta materia. El punto de partida es la idea

del orden público material, la mera ausencia de desórdenes, resultado de la obediencia a la ley pero sin hacer referencia alguna a la alegitimidad de la Autoridad, elemento que justifica el orden público material.

Dice Jesús Martín que "el orden público es el estado de vida normal de la comunidad conveniente y es tablemente constituida... en que cumplen (los ciudadanos) genéricamente las leyes. Funcionan normalmente las insti tuciones del Estado. Está garantizada la seguridad del - Estado y la estabilidad de sus instituciones. Es activa y eficaz la prevención de los delitos contra la Constitu ción, o contra las leyes fundamentales y contra la seguridad pública interior" (333), posteriormente en otro ar tículo (334) v a a volver a insistir en los mismos aspec

---

(333) "La expresión del concepto de orden público en - la legislación española" Boletín de documentación del Ministerio de Gobernación (BDMG), nº 43. págs. 34-35

(334) "El concepto de orden público, sus caracteres y conexiones más importantes" BDMG, nº 46, págs. 7-22.

tos de modo mucho más claro. Tres son los caracteres -- que, según J. Martín, configuran dicha noción:

- a) la existencia de un ordenamiento jurídico de la colectividad.
- b) la aceptación y el respeto sustancial, por -- parte de los miembros de la colectividad, de dicho ordenamiento.
- c) la manifestación exterior por medio de actos, comportamientos humanos, de ese acatamiento -- del orden jurídico.

en esta línea define el orden público como "la manifestación o el aspecto exterior del acatamiento sustancial, por los miembros de una colectividad, del ordenamiento= jurídico de la misma (335).

Fernán Gómez-Llera dice "en un sentido amplio el orden público será el ordenamiento social dentro de cuya observancia pueden los ciudadanos ejercer los derechos que ese mismo ordenamiento les reconoce. En senti-

---

(335) Ibidem, pág. 8.



do estricto, el orden público significará el manteni-  
miento de la paz y tranquilidad materiales en el desarro-  
llo de la vida colectiva del país" (336).

De la Morena va a trazar una apreciación que  
aún hace más difícil la aceptación de estos planteamien-  
tos: "El orden público solo puede ser perturbado por los  
administrados pero nunca por las autoridades, organismos  
o instituciones en el ejercicio de sus atribuciones pro-  
pias (lo que ocurrirá es que con frecuencia se extralimi-  
tarán de esas sus atribuciones propias con pérdida de las  
prerrogativas propias)" (337).

Es difícil precisar el alcance de las palabras  
de De la Morena, por lo categórico de la afirmación, pe-  
ro si el orden público es el estado de normalidad resul-  
tante del cumplimiento de la ley no se ve por qué la au-

---

(336) "Precisiones en torno al concepto de orden públi-  
co" BDMG nº 49.

(337) "Qué es el orden público?" BDMG, nº 46, págs. --  
43-59. El subrayado es mío.

toridad no puede vulnerarlo. Otra cosa es hablar de fa cultades discrecionales -y aun aquí hay que precisar - qué es discrecional y qué es la aplicación e interpretación de un concepto jurídico indeterminado- en el ejercicio de esas "sus atribuciones propias"; pero si la -- discrecionalidad engendra formas de arbitrariedad, o po ne en grave riesgo la seguridad jurídica, no se entiende la razón por la cual las autoridades no pueden violar el orden público. Se podrá discutir si la ley, por serlo, es la mejor garantía del orden, pero es claro que la garantía del orden nunca puede estar en la voluntad de la. Autoridad y a esto se reduce decir que sólo el ciudadano puede alterar el orden público.

Estos recortes, la mera materialidad de un re sultado al margen de cualquier elemento legitimador hacen, al menos, sospechoso este tipo de planteamientos.= La sospecha y el recelo se acrecientan en el matiz de - posible "oficialidad" que pueden tener estas afirmaciones. Es sospechoso recortar el alcance del concepto a - cuestiones de seguridad interior, hablar en determinados contextos, de los derechos reconocidos por el Ordenamiento, afirmar que solo los administrados pueden violar el orden público y que las autoridades simplemente se "ex-

tralimitan". Además no es lo mismo hablar de "acatamiento" que no violación del ordenamiento, el primero implica un acto de voluntad y el orden material se mantiene solo por su resultado, la ausencia de desórdenes.

Prescindir de cualquier planteamiento legitimador del ejercicio del poder y no hacer referencia a los sistemas de control del mismo, siempre será, cuando menos, sospechoso.

Junto a estas precisiones, justo es recordar algo a lo que ya nos hemos referido con anterioridad: el orden no es el resultado mecánico del respeto a la ley - por la ley más que en la hipótesis de que ésta cree efectiva y realmente las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades del hombre en el marco del Estado de Derecho. En estas condiciones de partida, e insisto en lo de partida, es válido el concepto de orden público material; y en lo relativo al acatamiento y obediencia de la autoridad legítima no se puede entender tampoco algo más que el respeto a las reglas del juego democrático que empujan a aceptar la autoridad de quien ha sido elegido por un procedimiento previamente aceptado por todos.

CAPITULO III: El orden público como límite  
expreso al ejercicio de deter  
minados derechos (un estudio=  
jurisprudencial).

Se ha insistido repetidamente en el riesgo - que supone para el ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución su regulación posterior por - leyes orgánicas con criterios que, en múltiples ocasiones, no se limitan a regular con un carácter neutral - las reglas del juego democrático de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades para la expresión de todas las ideas y el libre acceso de todos los grupos - al poder, sino que tratan de dotar una prima que robuste en cada momento la posición de los titulares del poder. Este riesgo, como es obvio, puede proceder de múltiples argucias legislativas, una de las cuales es el uso de - conceptos jurídicos indeterminados que se ligan en cada momento a la ideología y los intereses del grupo en el poder; un claro ejemplo de estos conceptos es la cláusula-límite de orden público. A las posibilidades generales de control administrativo de la libertad dedicamos el capítulo cuarto del presente título.

Junto a esta primera llamada de atención es - necesario insistir en otro aspecto desarrollado también en dicho capítulo. Es evidente que el riesgo radica en

el carácter indeterminado de los conceptos que abren una posibilidad sancionatoria administrativa, que no excluye la penal-criminal, pero no es menos cierto que - el riesgo fundamental reside en el carácter ejecutivo= de los actos administrativos de tal manera ue, cuando= el Tribunal resuelve, en caso de sentencia favorable - al re<sup>u</sup>orrente, al haberse convertido prácticamente el= "no ha lugar a apreciar abuso de poder" en una cláusula de estilo, el perjuicio producido no puede ser reparado, al menos materialmente.

Hacemos aquí un análisis jurisprudencial del modo como el Supremo ha ido precisando el alcance del= concepto de orden público referido al ejercicio de tres libertades: de prensa e imprenta, de religión y circulaución, sin olvidar quela cláusula aparece referida al e=ercicio de otros derechos y libertades (338).

---

(338) Así el art. 1,3 de la ley de Asociaciones de 24= de diciembre de 1964. En el título II hemos tenido oportunidad de analizar el alcance de la cláusula de orden público en materia de libertad de=contratación.

3.1.- La libertad de prensa e imprenta (339)

El punto de partida, olvidando otros antecedentes, es la ley de prensa e imprenta de 18 de marzo de 1966 que en su art. 2 señala:

"La libertad de expresión y el derecho a la difusión de información, reconocido en el art. 1º, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a los Principios del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales, las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar".

---

(339) A un lado planteamientos generales sobre libertad de prensa e imprenta podemos citar referido al caso español, M. Fernández Areal, "La libertad de prensa en España", Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1971; como estudios jurisprudenciales los de P. Crespo de Lara, "El artículo dos, la prensa ante el Tribunal Supremo", Ed. Prensa española, Madrid, 1975 y E. Gomez Reino y Carnota, "Las infracciones al artículo 2º de la ley de Prensa", R.A.P. nº 69 (1972), págs. 132-175.

(340).

Como se ha señalado el balance de la ley ha sido particularmente duro. Referidos sólo a aquellas= sanciones recurridas que han llegado hasta el Tribunal Supremo de ochenta y nueve sentnencias de dicho Tribunal recogidas por Crespo de Lara, desde la promulgación de la ley hasta enero de 1975, solo en once casos se estimó el recurso totalmente y en cuatro casos más se estimó en parte.

Para percibir el talante de la Jurisprudencia en esta materia es preciso ver con anterioridad el modo

---

(340) El art. 2º fue de los más discutidos. Se presenta ron 20 enmiendas. En algún caso se propomía una redacción más simple, como la enmienda 35 de Sevilla Andrés que proponía la siguiente redacción: - "la libertad de expresión estará limitada por las leyes que podrán sancionar su abuso. En todo caso no puede reconocerse para atacar el orden constitucional español"; en otros se pedía la supresión de algún concepto (enmienda 34: Sánchez Agesta) y en otras mayor precisión (enmienda 109: Luca de - Tena). Los datos los he recogida de Gómez:Reino - O.c., pág. 135.



como ha configurado el Tribunal la función que desempeña la Prensa. El Tribunal ha configurado la prensa a partir de tres premisas:

- a) La Prensa desempeña una función de colaboración con el Estado para la consecución de la conviven  
cia:

"... deber que tiene la Prensa de colaborar con el Gobierno en la consecución del Bien común" -- (T.S. de 25 de setiembre de 1970)!

"En la función social que ejerce la Prensa una - de las vertientes es la educar a la opinión públi  
ca para que respete la dignidad del hombre, los - derechos de la sociedad y la seguridad del Estado y el mantenimiento de esta seguridad exige que lo periódicos colaboren con el Estado a la conviven  
cia pacífica de todos los ciudadanos" (T.S. 24 de diciembre de 1970).

- b) La prensa cumple una función de información y edu  
cación de la opinión pública:

"... la función social que la Prensa ejerce a sa  
ber: información y educación; la primera ha de - ser veraz e íntegra más salvando siempre la jus  
ticia y la caridad con el respeto debido a la dig  
nidad del hombre a la seguridad del Estado y a - los derechos de la sociedad..." (T.S. 25 de se=  
tiembre de 1970).

"... las funciones que a la Prensa le atribuye - la Jurisprudencia como conformadora de la opinión pública" (T.S. de 1 de junio de 1973).

- c) El cumplimiento de las tres funciones anteriores

debe hacerse objetiva y verazmente:

"... siempre dentro de la verdad más objetiva, lo= cual excluye la posibilidad de que al amparo de la libertad de expresión y el derecho a la difusión de información que la ley de Prensa implanta, puedan e mitirse opiniones puramente subjetivas, haciéndolas pasar como las de la mayoría cuando sólo son reflejo de su carácter particular" (T.S. 24 de abril de 1969).

"... el primer deber de la prensa, que es el de in formar con plena objetividad y veracidad" (T.S. de 15 de noviembre de 1969).

Sólo desde este punto de partida puede resultar comprensible la elaboración jurisprudencial del con cepto de orden público en materia de prensa e imprenta. En este sentido, y en primer lugar, se afirma la total= autonomía del concepto respecto de las leyes penales y= de la ley de orden público de 1959:

"En materia de infracciones de Prensa, dentro de= la esfera administrativa y en lo que al orden pú= blico se refiere, constituyen falta grave no sólo aquellos actos contrarios al mismo, que se recogen en las leyes penales vigentes y la ley de orden pú blico, sino también aquellos otros hechos, simples faltas administrativas, que violen "las exigencias del mantenimiento del orden público interior", as= pecto este mucho más amplio que alcanza a todos a= aquellos actos que hayan causado un daño real o pe= ligro para el mantenimiento del orden público" (T. S. 21 de junio de 1972).

En este aspecto del peligro (341) el que do-

---

(341) Mucho más claramente expresado en la sentencia de 13 de marzo de 1970: "... atenta a las exigencias del mantenimiento del orden público interior, puesto que las faltas administrativas no precisan ni suponen que existan actos contrarios al orden público que alteren o dañen el mismo, sino que se produce por cualquier transgresión que afecte a las exigencias de su mantenimiento, al simple peligro, como es propugnar la creación de una oposición de acción política, al margen del cauce de la legalidad, con lo que indudablemente, lejos de colaborar a las exigencias que mantener el orden público interior se colabora con que se originen estados conflictivos para el mantenimiento de este orden". El Tribunal, por este y otros caminos, entra a analizar la intención del autor del escrito, pero lo hace en base a datos objetivos tales como "presentación sensacionalista" (T.S. 24 de abril de 1970), "tomar partido por determinadas posturas" (27 de abril de 1969; T.S. de 22 de febrero de 1969

mina la Jurisprudencia sobre el tema y, si bien en determinadas ocasiones el Tribunal trata de acercarse a la raiz del concepto, al apreciar la infracción casi siempre la relaciona con otras limitaciones contenidas en el mismo artículo como si fuera su consecuencia lógica. Esto es particularmente cierto en relación con el -

---

"insinuaciones" (T.S. 27 de febrero de 1975)...= El mismo Tribunal señala además la necesidad del más estricto respecto al principio de legalidad: "en la interpretación del citado art. 2º de la ley de Prensa, por tratarse de un derecho sancionador los Tribunales han de tener presentes los principios que presiden toda exégesis de un precepto punitivo, estando vedado por ello toda interpretación extensiva y no puede aplicarse la analogía, por tanto, no cabe considerar infracción cualquier otra limitación o lesión a un valor jurídico distinto a los comprendidos expresamente en las limitaciones establecidas en el art. 2 de la ley y tampoco puede imponerse sanción alguna sin oír previamente al inculpado" (T.S. 27 de febrero de 1975).

"respeto de la verdad", "el acatamiento a los Principios del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales y "el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa", sin que en ningún caso aparezca nítida la distinción entre orden público y seguridad del Estado a la que da pie la letra de la ley. Prácticamente el tratamiento del concepto de orden público solo goza de autonomía con respecto a otras limitaciones cuando la sanción aparece incitaciones a la violencia. La precisión del concepto de "peligro" viene exigida, por otro lado, por la necesidad de dotar de autonomía a la vía penal administrativa.

Un segundo aspecto que debe ser tenido en cuenta es que junto a la descripción de los elementos -tal vez mejor, descripción de sinónimos- del orden público -es reiterativa la insistencia en el origen y en el carácter legal del orden público; así se repiten las referencias al orden instituido, en algunos casos expresamente - como en la sentencia de 21 de junio de 1972 y en otros, tal vez los más, se deduce del contexto. Como muestra - podemos recoger la sentencia de 24 de diciembre de 1970:

"La publicación de un trabajo periodístico o entrevista que, por la forma y contenido en que fueron desarrollándose las preguntas y las circunstancias de la persona entrevista-

da, acusa una velada intención dirigida a difundir la apología de un sistema político demoledor del Estado actual, con lo que colabora a que no se respete el orden público".

En la misma línea es frecuente que la Jurisprudencia utilice como sinónimos "ilegal" y "Subversivo", o al menos como términos intercambiables, sobre todo en materia de infracciones en el ejercicio de derechos cuando no se cumple las cauces que la ley establece.

Dos aspectos pues interesa destacar: a) que el orden público del art. 2º de la ley de Prensa no tiene por qué suponer una lesión efectiva sino que es suficiente, a estos efectos, que se produzca un peligro para su mantenimiento, y b) que el orden público es contemplado, con gran frecuencia, como el orden establecido por el derecho. Así el respeto a la legalidad se identificará con la paz justa de las naciones, la convivencia social, los derechos de la persona y la seguridad del Estado. Veamos el modo como ha planteado el tema la Jurisprudencia.

La sentencia de 26 de mayo de 1973 señala que:

"el orden público no se identifica con el orden policiaco, aunque se integre en dicho orden

cepto la paz justa en las ciudades también comprende la defensa de los derechos de los ciudadanos que pueden ser afectados por aquellas informaciones que despierten peligros o rencores entre distintos grupos de la nación o pongan en peligro el bien común por cualquier otra forma que produzca conflicto a los poderes públicos, los cuales, a su vez, tienen la obligación de garantizar y defender ese bien común";

la de 24 de diciembre de 1970 habla de "respeto a la - dignidad del hombre, los derechos de la sociedad y la- seguridad del Estado", aunque luego recaba de la Prensa la colaboración con el Estado para el mantenimiento de su seguridad sin referencia a los otros dos bienes jurídicos. La de 27 de febrero de 1975 de "paz cívica nacional" y "paz justa de la Nación"; la de 6 de noviembre de 1971 de "sana convivencia entre los españoles lectores - del periódico...".

Entre las causas que pueden hacer peligrar el orden público encontramos en primer lugar la falta de - respeto a la verdad y a la objetividad informativa. Así la sentencia ya referida de 25 de septiembre de 1970:

"... desvirtuando en los titulares, con una interpretación inexacta y tendenciosa, lo realmente o currido, que fue de minúscula entidad y por eso - la versión que ofrece de los incidentes falta al debido respeto a la verdad y atenta a las exigencias del orden público interior";

y en igual sentido las de 27 de diciembre de 1968, 23 de enero de 1969, 31 de enero de 1970...

En segundo lugar el orden público puede ser puesto en peligro como resultado de la falta de acatamiento de los Principios del Movimiento nacional y demás leyes fundamentales. Así ocurre en las sentencias de 26 de diciembre de 1969, 13 de marzo de 1970, 18 de junio de 1970 (342) y 24 de diciembre de 1970 (343) (344).

---

(342) En esta sentencia se aprecian cuatro infracciones: falta de respeto a la verdad, y "altera así mismo las naturales exigencias de la seguridad del Estado en trance de perfeccionamiento, del mantenimiento del orden público interior necesario para aquella continuidad político-social y atenta al debido respeto a las instituciones". La sentencia conoce del recurso puesto por el Diario "Madrid" por sentencia recaída por la publicación, en su número de 30 de mayo de 1968, del artículo titulado "Retirarse a tiempo; no al General De Gaulle". La apreciación de estas cuatro infraccioo



---

nes se repite continuamente cuando se sanciona por falta de acatamiento y a los Principios fundamentales del Movimiento nacional y demás leyes fundamentales; así también las de 26 de diciembre de 1969= y 31 de enero de 1970.

(343) En este caso el carácter indeterminado del concepto de orden público sirve incluso como salida legal a la falta de acierto de la Administración en la motivación o en la cita exacta de preceptos. La Administración había apreciado infracción del Principio IV del Movimiento Nacional; el recurrente indicaba= que tal infracción no se había producido. Este aspecto es aceptado por el Tribunal diciendo que "en el= presente caso, acertadamente estimó que la publica= ción de ese reportaje constituía una falta grave a= las limitaciones establecidas en el artículo 2º de= la ley de Prensa siendo irrelevante que la cita que se haga del Principio infringido sea o no acertada, si los hechos están calificados como una sola falta grave y por el contenido del reportaje se acredita= haberse infringido las exigencias del mantenimiento del orden público interior". En el mismo Considerando cuarto de la sentencia se aprecia la infracción= de los Principios VI, VII y VIII.

---

(344) Un dato merece ser destacado en la Jurisprudencia relativa a esta cuestión. El Tribunal, en ocasiones, no se limita a constatar la existencia de determinadas infracciones al acatamiento debido, sino que llega a tomar una posición política más allá de la estricta función judicial. Así, por ejemplo al ratificar la sanción en dos casos en que se trazaba una distinción entre una España real y una España oficial (T.S. 24 de abril de 1969, T.S. 31 de mayo de 1969); destaca, sin embargo un párrafo de la sentencia de 13 de Junio de 1973 que conoce de un recurso por sanción impuesta a "Gaceta Universitaria" por inserción en su número 153 de enero de 1972 de una entrevista con el profesor Raul Morodo: "en la entrevista periodística (...) se expone, desde el natural punto de vista intelectual de la persona entrevistada, una serie de teorías tanto respecto a la concepción del socialismo democrático, como de la instrumentación del mismo a través de partidos políticos o asociaciones de igual clase, propugnadas estas últimas conforme a la opinión del entrevistado por sectores del régimen constituido en España, e hipoteticamente se re

---

refiere a la posibilidad de convivencia en país del Mercado Común Europeo como debe de ser el nuestro,= para lo cual insiste en que nuestra Patria debe contar con las instituciones políticas de los países europeo y en definitiva -afirma- debe ser Europa la que en= el mejor sentido político capte a España; ahora bien, si la exposición referida se limita a una opinión --- subjetiva desde lo que doctrinalmente pudiera comprenderse en un tratado de Derecho político, no acierta a relacionar la actual situación española con todos sus antecedentes, que son totalmente distintos, histórica y socialmente pensando, del resto de los de los otros países europeos, singularmente derivados de su contextura y de los resultados de sus propias y recientes -conflagraciones, que no tienen punto alguno de contacto con la génesis y desarrollo de nuestro Alzamiento Nacional, y de ahí que no pueda sostenerse como se hace en las declaraciones del profesor sometido a entrevista que las frustraciones y reveses de tales países han ocurrido también en España, ya que, lejos de ello en nuestra Patria la decadencia decimonónica y la del período anterior al repetido Alzamiento, han sido; -- tras éste, superadas con la institucionalización del=

---

Movimiento Nacional, que pervive y se estructura - por completo en sus leyes fundamentales". El subráyado es mío.

Este tipo de actuaciones se producen, en otro sentido en la sentencia de 30 de Abril de 1970 en que se da una lección de filosofía católica tradicional sobre el bien común a la revista "Mundo social" por un artículo titulado "Cristianismo y Revolución", - en que se informaba de un coloquio sobre el tema habido en París; y la sentencia de 14 de abril de 1973 a propósito de unos artículos publicados en "Triunfo" sobre perspectivas actuales del matrimonio, aquí el Tribunal se enzarza en una disputa teológica con los peritos aportados por la parte demandante. En ambos casos el Tribunal se excede en el ejercicio de su función y en lo relativo a estos dos últimos, que no son aislados pero tampoco aparecen siempre on la misma rotundidad, es evidente que el Tribunal carece de autoridad. Lo grave es que estos planteamientos - sirven de base para la sentencia; así en el de "Mundo Social", "de todos los razonamientos expuestos se deduce que dentro del marco de la legislación española de Prensa e Imprenta, el artículo de "Mundo So-

En tercer lugar, el orden público puede ser -  
puesto en peligro cuando se falta al "debito respeto a=  
las instituciones y a las personas en la crítica de la=  
actuación política y administrativa" (345). Así la sen-

---

cial", por el cual se sanciona al director, no sólo  
excede de la directriz oficial de la revista, como -  
repetidamente queda expuesto, sinoque entra de lleno  
en el apartado correspondiente del art. 2º de dicha  
ley en cuanto al respeto debido al mantenimiento del  
orden público interior". En el caso de "Triunfo" se=  
trata de ver si su planteamiento era o no conforme -  
con la moral católica.

(345) La sentencia de 23 de marzo de 1974 describe, tal=  
vez mejor que ninguna otra, cuál es el fundamento de  
dicho respeto debido y cuál es su ámbito. La senten=  
cia es resultado de un recurso elevado por la revis=  
ta "Campo" por la inserción de un artículo, en su nº  
710 de 3 de julio de 1972, en que se criticaba la -=  
gestión del Ministro de Agricultura: "si bien el res=  
peto a la Autoridad no impide el ejercicio de una -=  
crítica responsable, puesto que frente a los derechos  
del Estado que como representante del bien común tie-

tencia de 27 de Junio de 1969 en que se aprecia infracción "por no respetar el mantenimiento del orden público

---

ne que tener los atributos necesarios para hacer posible la defensa y garantía de los derechos de todos los nacionales y la de sus propios derechos naturales, ya que un poder público débil, sin fuerzas suficientes para cumplir eficazmente con sus deberes de conservación de la paz y el orden social y de garantizar los legítimos derechos de las personas que lo integran sería fuente de anarquía y causa de perturbaciones de todo orden, por lo que es incuestionable que el Estado o poder público tiene que ser siempre firme y robusto para poder cumplir con su deber; pero esto no lleva consigo ni impide el derecho que debe reconocerse a los ciudadanos a manifestar su parecer sobre la actividad de los poderes públicos y opinar o criticar libremente sobre las obligaciones o incluso sacrificios que se les impongan, derecho de crítica que la ley de prensa prohíbe, pues, solo considera punible la falta de respeto debido a las instituciones y a las personas, no la crítica a la labor del Gobierno, con tal que se respete debidamente la autoridad legítima y se dejen a salvo, en todo caso, a las personas que desarrollan

interior en la crítica contra la actuación de las fuer-  
zas de orden público y de las autoridades académicas"; -  
aún es mucho más explícita la de 28 de Marzo de 1969 en  
que se habla del "orden interior de nuestra Nación que -  
principalísimamente descansa en el respeto a las personas";  
y la de 27 de febrero de 1975, caso típico de un tratamiento  
conjunto de distintas limitaciones:

---

una labor de Gobierno y las exigencias de la justicia  
y de la verdad, por lo que no caben las que con rumo-  
res infundados, ligerezas de expresión o incontinencia  
conceptual, den lugar a levantar las pasiones, desatando  
las de unos contra las de otros, excluyéndose tam-  
bién las injustas o simplemente inoportunas que destruyen  
en lugar de construir por falta de moderación y basa  
rse en rumores infundados que fácilmente se levantan  
sobre deficiencias en las funciones públicas, pues só-  
lo será legítima aquella que sin exponer el menospre-  
cio público o a la persona englobada en la alusión críti  
tica permita comprobar o corregir, si existen, deficiencias  
en las funciones públicas".

"...postura (desacreditar las instituciones) que es sancionable por exponer a nuestras instituciones al descrédito frente a la opinión pública de los lectores, que lleva implícita una excitación o vago intento de comprometer el orden público interior o las condiciones esenciales para la coexistencia pacífica de los españoles por ser evidente que la noción de orden público frente al derecho de información, es compleja y no se identifica con el orden policíaco sino que también alcanza y comprende la paz justa de la Nación o paz cívica nacional por esto la información debe ser siempre honrada, excluyendo toda forma de conflicto o de lucha y por esto las opiniones que se difunden por medio de la prensa alentando a la subversión aunque sea insinuando veladamente una invitación contra el orden institucional afecta al orden público interno del país";

igualmente las de 25 de septiembre de 1970, 20 de marzo de 1970...

En cuarto lugar y es el aspecto que domina en materia de infracciones de orden público este puede ser puesto en peligro por insinuaciones, directas o veladas, a la violencia (T.S. de 27 de junio de 1969; 27 de diciembre de 1969; 25 de septiembre de 1970; 21 de junio de --- 1972; 30 de septiembre de 1972.



### 3.2.- Libertad religiosa (346)

El artículo 1º de la ley 44/1967 de 28 de junio reguladora del derecho civil a la libertad religiosa establece:

- "1. El Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho.
2. La profesión y practica privada y pública de cualquier religión serán garantizada por el Estado sin otras limitaciones que las establecidas en el art. 2º de esta ley.
3. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus leyes f

---

(346) Sobre el tema, A. de Fuenmayor, "Estado y religión, el artículo 6º del Fuero de los Españoles", en el volumen colectivo dedicado por la R.E.P. -nº 152,= 1967- a la Ley Orgánica del Estado; L. Martín Re-- tortillo, "Libertad religiosa y orden público", Ed. Tecnos, Madrid, 1970 que recoge jurisprudencia hasta junio de 1968, J. Pérez Llantada, "La libertad religiosa", I.E.P., Madrid, 1975.

damentales" (347).

Entre otras limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa, el art. 2 de la ley señala al orden público, límite que también aparece en la redacción del art. 6 del Fuero de los españoles reformado por referend<sup>u</sup>m en diciembre de 1966 (348).

---

(347) En este contexto se produce una consecuencia fundamental. Mientras que la personalidad jurídica, dentro del Estado español, de la Iglesia Católica es resultado de la declaración de confesionalidad y de su propia personalidad jurídica internacional -su consecuencia fundamental es la firma del Concordato-, la personalidad jurídica de las confesiones no-católicas queda condicionada a su inscripción en un Registro llevado por el Ministerio de Justicia (art. 14 de la ley).

(348) En su redacción de 17 de julio de 1945 el art. 6 -FE estaba redactado de la siguiente manera: "La profesión y práctica de la Religión Católica que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones=

Las conductas que dan pie a la actuación administrativa no son, como es obvio, actividades privadas - de culto sino actividades de proselitismo, propaganda, - lecturas y comentarios de la Biblia -no católica-, no cumplimiento de los requisitos legales...

Con anterioridad a la ley de 1967 la cuestión - quedaba planteada de la siguiente manera:

1) El ejercicio privado del culto queda reconocido y amparado por el Fuero de los españoles. Este ejerccicio privado no impide el que puedan abrirse centros de culto no católica (T.S. de 20 de enero de 1963).

2) Quedan prohibidas las actividades de proselitismo, pues exceden del ejercicio privado del culto. La

---

externas que las de la Religión Católica". En su re-- dacción de 1967 dice así: "La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, - gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público". Con anterioridad a la ley de 1967 el alcance del art. 6 FE viene regulado en distintas órdenes circulares del Ministerio de - la Gobernación, así las de 12 de XI de 1945, 23-II-48= 30-I-54, 9-II-1962.

razón se encuentra en el art. 33 del mismo Fuero: "el - ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fue- ro no podrán atacar a la unidad espiritual (...) de Es- paña", informada por la Religión Católica como se reco- noce en distintas sentencias. La línea argumental que - justifica dicho límite es triple:

- a) como atentado a la unidad espiritual de España. Esta intervención del Estado se justifica porque "lisa y llanamente representa una elemental prác- tica de previsión de orden público que todo Esta- do organizado no puede menos de practicar en le- gítima salvaguardia de los derechos fundamenta- les de gobierno y de unidad espiritual" (T.S. de noviembre de 1965).
- b) como atentado a las creencias católicas mayorita- rias en España; si bien la afirmación de que los derechos de uno se limitan en su ejercicio con - los de otro no es intercambiable: el límite ope- ra solamente para los no-católicos. La argumenta- ción del Tribunal discurre en este caso en base= al dato objetivo de dicha mayoría, aunque lógica- mente opera de modo inconsciente el dato legal - de que "la profesión y práctica de la Religión - Católica que es la del Estado español, goza de - protección oficial" (art. 6 FE).
- c) la religión católica es la única verdadera. Este

dato, contenido en el Principio II del Movimiento Nacional, es incorporado por la Jurisprudencia con la particularidad que, como observa Martín Retortillo, "en ocasiones, aunque se está parafraseando el texto de algún precepto de la ley fundamental, el Supremo no lo cita como tal, sino como afirmación propia: así cuando en el caso="Testigos de Jehová de Jaén II", se afirma en el tercer considerando: "que al tratarse de proselitismo ejercicio públicamente en favor de la secta que no pertenece a la Religión católica, abstracción hecha de que ésta es la única verdadera" (349): más frecuentemente se encuentra la referencia a prácticas y cultos disidentes.

3) El art. 36 del Fuero de los españoles señala - que "toda violación que se cometiere contra cualquiera - de los derechos proclamados en este Fuero será sancionada por las leyes", señalando la Jurisprudencia que, en - materia penal-administrativa, el art. 36 FE se encuentra desarrollado por el art. 2 a) de la ley de orden público de 1959: "son actos contrarios al orden público: a) los - que perturbaren o intenten perturbar el ejercicio de los=

---

(349) O.c., pág. 35.

derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás leyes fundamentales de la Nación o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.

Este planteamiento se mantiene incluso una vez aprobada por referendum la modificación del art. 6 FE e incluso promulgada la ley reguladora del derecho a la libertad religiosa. Las razones apuntadas por el Tribunal no parecen consistentes. Así se habla de que la modificación del art. 6 no puede aplicarse con carácter retroactivo (T.S. 6 de octubre de 1967 y 5 de junio de 1968) incluso, como vemos, promulgada ya la ley reguladora. Martín Retortillo muestra su extrañeza. Era preciso haber tenido en cuenta que la ley regula el derecho a la libertad religiosa, pero que el recurso se basa en una limitación apreciada por la Administración y, en la mayoría de los casos, frente a una sanción, olvidando así el carácter retroactivo de la ley penal cuando beneficia al inculpado (art. 24 del Código penal). En segundo lugar este planteamiento del Tribunal se basaba en la unidad de doctrina lo que carece de sentido, máxime si la norma reguladora ha cambiado.

La Jurisprudencia posterior se ha apartado de estos criterios que al conjugar los arts. 6, 33 y 36 de - Fuero de los Españoles hacían prácticamente inoperante -

la libertad reconocida. Dicha Jurisprudencia certeramente señalará algo obvio: que la libertad religiosa debe ser interpretada desde la finalidad que persigue y desde el marco que fija su ley reguladora.

La sentencia de 29 de febrero de 1972 ante una reunión privada (en un domicilio particular) para leer y comentar la Biblia indica que no cabe apreciar atentado a la unidad espiritual sino que dicha práctica cabe en el art. 1,2 de la ley de 28 de junio de 1967, "por tanto no cabe incluir tal conducta en la ley de orden público ya que la ley de 1967 señala en su art. 2 que las limitaciones son la coacción física o moral, la amenaza, dádiva o promesa, captación engañosa, perturbación de la intimidad personal o familiar o cualquier otra forma ilegítima de persuasión con el fin de ganar adeptos para una determinada creencia o confesión o desviarlos de otra". Tal vez más explícita, a generalizar el planteamiento, sea la de 24 de abril de 1973 que dice que el art. 2 de la ley de orden público "hay que conjugarlo, en este aspecto de las actividades religiosas, con la ley que regula la actividad en dicha materia, pues de otra manera esta libertad vendrá a ser inoperante y no habrá posibilidad de ejercitarla".

### 3.3.- La libertad de circulación y el pasaporte.

La libertad de desplazamiento puede ser limitada administrativamente de doble manera, por negativa del pasaporte o por no poder obtener un certificado de buena conducta -entre cuyas razones puede encontrarse antecedentes político-sociales para obtener a su vez el =permiso de conducir. No tengo constancia de Jurisprudencia en este segundo caso y es escasa en el primero, a pesar de la generalización de ambas prácticas.

El punto de partida puede ser la afirmación= de Torovsky de que "la libertad de salida del país es esencial en una sociedad libre y democrática, de tal forma que no hay ninguna democracia liberal sin esta libertad " (350).

La Jurisprudencia existente hasta el momento= se basa en recursos motivados por denegación del pasaporte en base al art. 11 del Decreto de 20 de junio de 1958 que señalaba que "la autoridad podrá en todo momento privar del derecho a la concesión del pasaporte o retirar -

---

(350) Sobre el tema existe el estudio de J.M. Castells= Arteche, "El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España". Ed. Seminarios y Ediciones S.



el que hubiese concedido, procediendo a su anulación, - a toda persona, por motivo de delito u otra causa que - pueda afectar al orden público o a la seguridad nacional". El Decreto de 23 de diciembre de 1971 en su art. 10 seña la que "El Ministro de la Gobernación podrá en todo momento disponer se retire o retenga el pasaporte, cualquiera que sea su clase, a toda persona por motivo de delito u otra causa que pueda afectar al orden público o a la seguridad nacional".

La autorización o concesión (351) del pasaporte lo configura la Jurisprudencia "como expresión de un derecho soberano del Estado, derivado de sus facultades en materia de seguridad y orden público (T.S. 25 de octubre de 1971 y 20 de mayo de 1975) y no como un derecho - subjetivo.

---

Madrid, 1974. De él obtengo la referencia de Torovs-  
ky, en la página 152.

(351) Sobre si se trata de una concesión o una autorización, Cfer. Castelles, O.c., pág. 212 y sigs.

En segundo lugar, y como señala la misma jurisprudencia, no es preciso que el orden público se haya visto afectado por actos concretos del particular, es suficiente que "pueda" verse afectado, para lo que es suficiente el informe policial, los antecedentes político-sociales. Como señala la sentencia de mayo de 1975 "a los antecedentes e informes policiales, en principio, hay -- que concederles fuerza probatoria, como emitidos en el ejercicio de funciones públicas, sin perjuicio de que, existiendo otras pruebas suficientes, queden desvirtuados" <sup>bis</sup> (351). La de 25 de octubre de 1971 es igualmente clara: -- "estas causas (orden público y seguridad nacional) son -- precisamente los antecedentes y la conducta del recurrente, y cuya valoración corresponde apreciar a la Administración, así como el grado en que puede afectar al orden público, sin que sea obstáculo para decidir el que el recurrente no haya sido amonestado ni sancionado y carezca de antecedentes penales, toda vez que estas circunstancias no pueden variar un criterio basado en otros elemen

---

(351) Sobre el valor de los informes policiales, ver en el apítulo IV de este mismo título el apartado relativo al trámite de previa audiencia en sanciones de orden público.

tos de juicio a los que no contradicen". En base a todo ello Castells no duda en adjetivar como "político" al - orden publico en esta materia (352).

---

(352) O.c., pág. 178.

CAPITULO IV: Orden público y plusvalías -  
políticas adicionales al ejer  
cicio del poder.

En el título I hacíamos ya un primer apunte - de este concepto de plusvalías políticas adicionales o= primas supralegales al ejercicio legal del poder. Aunque el concepto no es exclusivo de Schmitt seguimos fundamen= talmente su planteamiento, con las reservas que, en estas y otras materias, nos merece su pensamiento político -- (353). Observa Schmitt que, "por encima de toda normati= vidad, la mera posesión del poder estatal produce una -- plusvalía política adicional, que viene a añadirse al po= der puramente legal y normativista, una prima supralegal, a la posesión legal del poder legal y el logro de la ma= yoría " (354).

El punto de partida de C. Schmitt (en el contex= to del análisis de Weimar y el acceso de Hitler al poder) es la constatación del siguiente hecho: en el Estado le= gislativo la ley define la voluntad del grupo mayoritario

---

(353) Un estudio crítico de Schmitt en "La trama ideoló= gica del totalitarismo. Crítica de los componentes ideológicos de Carl Schmitt", Ed. Tecnos, Madrid - 1966.

/354) "Legalidad y legitimidad", Ed. Aguilar, Madrid -- 1971, pág. 49.

en el Parlamento, solo justificable en virtud del principio de igualdad de "chance" para alcanzar esa mayoría, "la igualdad de "chance" abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario" -- (355). A este fenómeno se une otro, la pretensión de legalidad del grupo en el poder: "la pretensión de legalidad convierte en "ilegalidad" a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuricidad" -- (396). Esta prima "la voluntad del partido mayoritario" se convierte en voluntad del Estado"- "en tiempos tranquilos y normales es relativamente calculable, pero en una situación anormal es completamente incalculable e imprevisible. Siempre es de tres clases. En primer lugar, surge del empleo y aplicación de conceptos indeterminados y discrecionales, tales como "seguridad y orden publicos" "peligro", "estado de necesidad", "medidas necesarias," "hostilidad al Estado y a la Constitución", "espíritu de paz", "intereses vitales", etc. Tales conceptos, sin los cuales no puede pasarse ningún Estado, tienen la propie--

---

(355) O.c., pág. 44

(356) O.c., pág. 46.

dad de estar ligados inmediatamente a la situación del momento, de que reciben todo su contenido concreto de las circunstancias concretas a que son aplicados y, sobre todo, de que su aplicación y su manejo concreto es el único medio decisivo en todas las épocas y situaciones difíciles y políticamente importantes. En segundo lugar, el titular legal del poder del Estado tiene siempre de su parte, en los casos dudosos, la presunción de legalidad, casos estos que se presentan siempre, naturalmente, en los momentos en que predominan conceptos vagos y en las situaciones políticamente difíciles. En tercer lugar, finalmente, sus ordenanzas también son ejecutables inmediatamente, aún en los casos de legalidad, dudosa, incluso cuando se prevean posibilidades de reclamación y solicitud de protección ante la justicia. En una competencia de velocidad entre el ejecutivo y la justicia, ésta llegaría casi siempre demasiado tarde, aún cuando se pusiese en sus manos el eficaz instrumento de poder dictar disposiciones y decretos provisionales, en los casos políticos interesantes. De ahí que aunque el "chance" de obtener protección judicial signifique, en realidad, una corrección necesaria y una protección que no es de despreciar, la justicia no puede ser decisiva en la lucha política ni soportar por sí sola los principios de equidad propios de esta especie de legalidad, -

especialmente el mantenimiento de la igualdad de "chance" (357).

Junto a estas primas ya enunciadas, Schmitt - señala otras: posibilidad de reformar la legislación electoral con vistas a asegurar la reelección; aprovechamiento de la promulgación de una constitución para vincular a ulteriores titulares del poder a disposiciones de tipo jurídico material; y sobre todo la posibilidad de declarar el estado de excepción: "el decide a su arbitrio sobre los presupuestos de sus poderes extraordinarios (peligro para la seguridad y el orden público) y sobre su contenido (las disposiciones necesarias)" (358).

Es este contexto y esta perspectiva el que adoptó como punto de partida en el presente análisis de la realidad española.

---

(357) O.c., págs. 49-50.

(358) O.c., pág. 111.



#### 4.1.- LOS PRIVILEGIOS ADMINISTRATIVOS

##### 4.1.1.- Presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos (arts. 44-45 LPA)

En virtud de dicha presunción los actos de la Administración se reputan conformes a Derecho y en consecuencia comienzan a surtir sus efectos desde el momento en que se dictaron, "salvo que en ellos se disponga otra cosa" (art. 45,1 LPA). Entre las posibles causas de dependencia es la notificación (art. 45, 2LPA) el fenómeno más interesante (359). Desde este momento el acto

---

(359) Desde el punto de vista del acto recurrido también en determinadas circunstancias "la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 47 de esta ley" (art. 116 LPA). Los arts. 34 LRJAE, art. 122 LJCA y art. 361 LRL se manifiestan en el mismo sentido.

es ya definitivo y produce todos sus efectos jurídicos -  
(360). Dejando a un lado, por el momento, el problema de

---

(360) Martín Retortillo. "Las sanciones de orden público= en Derecho español" Vol. I. pág. 285 y sigs. ha es tudiado con especial detenimiento la incidencia que la doctrina general sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos produce en relación con las sanciones de Orden público. Según dicho autor - ya desde la notificación se produce los siguientes= efectos: a) la persona es co siderada desde este mo mento como formalmente sancionada: se reconoce como suya una conducta y se le imputan las consecuencias; b) se producen todos los efectos; c) la ejemplarida de la sanción se produce deste este momento; d) igu mente la publicidad de la sanc ón; e) si la sanción lleva aparejada multa debe ser pagada "a partir del día siguiente al de la notificación" (art. 20 LOP) y aún es más radical el art. 23 de la misma ley de Orden público en que en los casos que dicho artícul recoge puede ser exigido el pago "tan pronto hayan sido notificados"; f) igualmente desde la notificación se producen otros efectos como el cierre de un esta

los actos políticos los actos estrictamente administrativos, tanto si causan estado como si no lo causan, se presumen como válidos y, en consecuencia, no se requiere, un proceso de cognición que así lo declare constituyéndose en título legítimo para su ejecución: la Administración puede realizar materialmente por sí misma los derechos que derivan de dichos actos, incluso contra la oposición del obligado.

Entrena Cuesta (361) encuentra un doble argu-

---

blecimiento o la obligación de abandonar una determinada parte del territorio nacional.

Sobre el tema volveremos más adelante. Basta insistir de momento en la transcendencia del acto administrativo y en las consecuencias que produce en materia de sanciones para apreciar claramente la importancia que tiene fijar la actuación administrativa en los límites reales, no teóricos, del ejercicio de sus competencias.

(361) "Curso de Derecho administrativo", 3ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 509.

mento de apoyo a este planteamiento, y de modo muy espe  
cial al principio de ejecutoriedad. Este se basa en el=  
principio de legalidad que deriva de la circunstancia -  
de que la Administración no es un mero poder de hecho,=  
sino un poder jurídico y en que, desde el punto de vista  
político, y según lo reconoce también la sentenciade 25=  
de febrero de 1960, la Administración tiene su base en -  
la necesidad de que se realicen los intereses públicos -  
cuyo logro no debe ser entorpecido por la actuación de -  
los particulares.

Este "interés público" cubre todos los actos=  
administrativos a excepción de dos casos: aquellos su==  
puestos de gravedad suma que son excluidos expresamente  
y en enumeración tasada (art. 47 LPA) y a losque se apli  
ca la sanción máxima de nulidad absoluta; igualmente que  
dan fuera de dicha presunción las disposiciones de carac  
ter general respecto de las cuales el legislador por el=  
carácter multiplicador de su efecto dañoso mantiene el -  
principio general de nulidad (art. 41, II LOE; art. 28 -  
LRJAE; art. 47,2 LPA). Pero aún hay más. El principio -  
del "Favor activo" se prolonga incluso hasta elpropio -  
procedimiento administrativo. Este no es un procedimien  
to neutro, sino que, como observa T.R. Fernández -----

((362) pretende realizar un fin público por la propia Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia.

En base a la "eficacia" administrativa, ambos privilegios pueden encubrir y justificar los mayores - atropellos. La presunción es "iuris tantum", pero la - prueba corre a cargo del particular que debe ejercitar los recursos en tiempo y forma: quien impugna debe probar (363). La breve ad de los plazos con el riesgo de=

---

(362) T. R. Fernández, "La doctrina de los vicios de orden público", Instituto de estudios de Administración local, Madrid 1970, pág. 119.

(363) Lo que contrasta fundamentalmente, a los efectos= del derecho penal-administrativo, con el proceso penal y la primacía del principio de presunción de= inocencia a favor del inculpado, la ruptura de dicha presunción corresponde a quien lleva la acusación. En este sentido hago mía la consecuencia de González Grimaldo partidario del desplazamiento - de la carga de la prueba a la AAdministración en= los procedimientos administrativos sancionatorios en "Potestad sancionatoria y carga de la prueba, R.A.P., nº 53, pág. 310.

caducidad de la acción acredita el carácter privilegiado del hacer administrativo.

Es preciso, sin embargo, dejar constancia de un hecho: la caducidad opera únicamente en el campo de los actos anulables, en aquellos en que la interposición del recurso condiciona la validez del acto, no en el caso de los actos nulos de pleno derecho, en los que la acción para pedir la nulidad no está supeditada a ningún plazo de prescripción; pero como observa, de nuevo, T.R. Fernández (364) también en este caso se superpone el principio de ejecutoriedad sobre la nulidad del acto. Un acto nulo produce una modificación en el mundo exterior frente a la que el particular deberá oponerse si no actúa la Administración con anterioridad (art. 109 LPA), pues el acto produce sus efectos como si fuera válido y ni siquiera a la interposición del recurso suspende, sin más, la ejecución del acto nulo.

---

(364) "La doctrina de los vicios de orden público" --  
pág. 120.

Al ser la Administración quien aprecia las - condiciones de hecho de ejercicio de las libertades y al reforzar esta competencia con la fuerza de la presunción de legalidad, más eficaz, si cabe, que la fuerza= de las armas, se produce un resultado de indudable transcendencia constitucio al. De la protección legislativa - o jurisdiccional de la libertad pasamos a la tutela de - la libertad por parte del Ejecutivo, al menos en un pri- mer momento, en el que se puede producir lesión. Es el - Legislativo, a fin de cuentas condicionado por el Ejecu- tivo, quien señala el ámbito de ejercicio del poder de - policía pero es el titular de la función quien interpre- ta su ámbito, sobre todo en los casos en que esta limita- ción viene fijada abusivamente por medio de conceptos jurídicos indeterminados y es, igualmente, el Ejecutivo -- quien protege la libertad antes de una eventual actuació de los Tribunales. La trascendencia del cambio experimen- tado solo puede ser medida en la repercusi'ón de sus efec- tos, que se agravan si el recurso administrativo anterior al contencioso retrasa el conocimiento del mismo ante la Autoridad judicial pudiéjdose causar, con anterioridad a la firmeza del acto, efectos irreparables.

La constatación de este dato domina con su -- presencia todo el trabajo. El condicionamiento de la li

bertad por la incidencia del Ejecutivo no es un fenómeno aislado en un solo matiz. La pretensión de homologación del Fuero de los Españoles de 1945 a esquemas demoliberales, queda totalmente anulada por los arts. 33-36 del mismo Fuero. Las propias leyes que lo desarrollan, con arreglo al art. 34 FE, quedan limitadas por la misma potestad reglamentaria y el abuso de conceptos que reclaman una interpretación de hechos por la Administración. El ciclo se cierra quedando fuera, como última garantía, la revisión jurisdiccional. Esta apenas resuelve el problema y, en este sentido, no hay mejor prueba que sus mismos resultados. así en materia de Prensa e imprenta, en que la descalificación o atenuación judicial de las faltas no llega a reparar el posible perjuicio causado. Pero hemos de añadir que, aunque la presunción de legalidad constituye el índice más alto de la presencia del predominio administrativo, éste no es el único. Es el juego de los órganos de todas las funciones quien lo consagra. La Judicatura difícilmente podrá ser en su actual estructura -falta de independencia, al menos funcional por su dependencia de criterios políticos del Gobierno y roto el principio de unidad jurisdiccional- una eficaz garantía. Sus dependencias lo impiden.



En términos generales, no discutimos la conveniencia de dichos principios, pero es necesario afirmar que, al margen de la confianza en la responsabilidad de la autoridad y del funcionario, señalada como último recursos (365), es preciso dar juego a otras posibilidades previstas en la ley. Así cuando la Administración actúa sus potestades sancionadoras la suspensión del acto, mientras no sea firme, debe imponerse radicalmente como garantía insoslayable del ejercicio de la libertad; de igual modo, a la manera del procedimiento penal-criminal, la carga de la prueba debe pesar sobre la Administración. Así lo exige una interpretación favorable a la libertad, criterio defendido constantemente por nuestra Jurisprudencia, que puede encontrar a comodo en la fórmula recogida en los artículos 116 LPA-y 122,2 LJCA cuando de la ejecución se derivaren daños

---

(365) En este sentido es sumamente explícito Ranelletti "los ciudadanos deben encontrar la limitación de la libertad en la ley, nunca en la voluntad del funcionario, sino, en todo caso, en su responsabilidad". "La polizia di sicurezza", pág. 295.

o perjuicios de reparación imposible o difícil. Esta posibilidad debe ser defendida con mayor fuerza, si cabe, cuando la sanción se basa en la interpretación de elementos de hecho, como la moral y el orden público, entre otros, que frecuente y abusivamente condicionan en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de la libertad. Al margen del daño económico, es claro que pueden producirse pocos tan graves como el abuso administrativo de sus poderes represivos y la arbitraria limitación del ejercicio de la libertad. Aunque existiera indemnización, privar a una publicación durante un período de tiempo de su derecho a informar libremente, es un daño irreparable. Confiar simplemente en la autoridad podría suponer el suicidio de la libertad cuando esta responsabilidad no puede ser exigida judicialmente, o los tribunales no llegan a apreciarla.

#### 4.1.2.- El control del procedimiento de revisión y las garantías constitucionales:

Los privilegios de que goza la Administración no se detienen en la mera formalización del acto administrativo. Van más allá. El "favor acti" proyecta su eficacia en una serie de técnicas de garantía que tienen consagración legal explícita: incomunicación de invalidez de los actos viciados a los posteriores inde-

pendientes del mismo (art. 50, 1 LPA); incomunicación= de la invalidez de una parte del acto respecto de los= restantes que sean independientes de aquella (art. 50, 2 LPA); posibilidad de conversión de actos nulos que - contengan los elementos de otro distinto (art. 51 LPA); conservación de actos y trámites cuyo contenido no sea afectado por la declaración de nulidad del acto final= (art. 52); posibilidad de convalidación de los actos - anulables mediante la subsanación de sus vicios, sin - limitación de tiempo (art. 53) (366). T.R. Fernández - va a deducir una nueva consecuencia referida al proce= so administrativo, "con ser también un "iter", un cami= no formal para llegar a un determinado resultado, cau= ce y forma de la función administrativa, no pretende - garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la propia Administración con arreglo a nor= mas de economía, celeridad y eficacia y dentro del res= peto debido a los derechos e intereses de los adminis= trados (367). Pero el "favor acti" no va a extender su

---

(366) O.c., pág. 118

(367) O.c., pág. 119.

influencia unicamente al procedimiento administrativo. Esta llega a extenderse incluso al contencioso. Varias son las cuestiones que aquí interesa tratar. Referidas unas al procedimiento administrativo, otras, en cambio, al contencioso. Unas a la teoría general del recurso - administrativo, otras a problemas más concretos como - el recurso frente a sanciones administrativas de orden público...

#### 4.1.2.1.- El recurso administrativo:

En páginas anteriores señalábamos la - trascendencia del recurso ante los Tribunales en un sistema judicial independiente, como medio de protección de la libertad, pues bien la existencia y regulación del recurso administrativo incide de doble manera restringien-do el alcance de dicha garantía. Por un lado su propia - existencia retrasa dicha revisión y sin que ello sea óbice para que el acto administrativo produzca todos sus e-fectos; por otro, su propia regulación: su carácter practicamente gene al como requisito para abrir la vía conte-ciosa, la brevedad de los plazos para ejercitarlo, el carácter parcial de la revisión, etc... A estos dos datos, existencia y regulación concreta del recurso, se añaden= otras dos características: la lentitud del procedimien-to y la centralización de las decisiones administrativas

que condicionan así la competencia del Tribunal (368).

---

(368) Laley 10/1973 de 17 de marzo reforma en ciertos - aspectos la ley de 27 de diciembre de 1956, en concreto sus artículos 10,11,14,15,16,94,102 y 103 -- relativos al reparto de asuntos entre el Tribunal Supremo y las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales. Como señala el preámbulo: "Este aumento (de los asuntos encomendados) se ha reflejado más directamente en el Tribunal Supremo de Justicia, cuyas salas de lo contencioso administrativo retienen el más extenso sec=tor de la competencia objetiva y ha originado ya,=por su importancia cuantitativa, un gradual y perceptible demora en la resolución de los asuntos". Se trata pues de descongestionar para lo que hay - que "conferir al Tribunal Supremo de Justicia una función procesal directiva y revisora, en vía de r-curso, mediante una descongestión de su actual -competencia, que en una parte sustancial se atribuye a las Salas de lo contencioso administrativo de las Audiencias Territoriales".

Todo ello refuerza la costura de entender el recurso administrativo como uno de los elementos que aseguran la puesta en escena privilegiada de la Administración. No podemos olvidar que la interposición del recurso es requisito previo a la vía contencioso-administrativa (art. 52, 1 LJCA), salvo las excepciones que regula el art. 53 de la misma ley de Jurisdicción contencioso-administrativa.

A través de dicho recurso, el sujeto legitimado se dirige a la Administración solicitando que revise una resolución, sin que por ello tenga que suspender automáticamente la ejecución del acto, aunque así sea solicitado. Su misma existencia acarrea una primera consecuencia, retrasar la causación de estado mientras no se agote la vía administrativa; en otras palabras, se retrasa el conocimiento por parte de los tribunales, retraso agravado por la propia centralización administrativa, que fija las competencias de los tribunales. El recurso que nace con la finalidad de dar a la Administración la posibilidad de que reconsidere su propio acto acaba convirtiéndose en una poderosísima arma administrativa con evidente detrimento de los derechos del administrado.

Planteado el problema en estos términos incidimos en la Teoría general del Derecho en torno a la va

lidez, anulabilidad, inexistencia y nulidad de los actos administrativos. Aunque dicha teoría se recoge en Derecho Público de la que dimana del Privado las modificaciones son sustanciales. Como señala T.R. Fernández, mientras que en Derecho Privado se presume la nulidad de los actos contra ley, la teoría en Derecho administrativo opera en sentido contrario, el de presumir la validez de todos los actos administrativos (369). De aquí, entre otras, va a derivar una conclusión fundamental, como un medio más de asegurar la "eficacia" administrativa, en materia de controversia sobre la validez de un acto administrativo de anulabilidad va a ser la norma y la nulidad la excepción. Dicha postura se refuerza al acotar en gran medida los plazos de ejercicio de la acción, convalidando así, a favor de la Administración, actos que en principio eran anulables. Estos plazos vienen señalados de la siguiente manera: quince días para el recurso de revisión y alzada (art. 122,4 LPA); un mes para el recurso de reposición (370).

---

(369) T. R. Fernández, O.c., pág. 115 y sigs.

(370) El cómputo de los plazos ha venido planteando problemas resueltos, al menos en principio, en la nueva redacción del art. 5; 1 del Código civil: -

Como es obvio el problema -los condicionamientos administrativos y gubernamentales al ejercicio de la libertad- se agudiza en caso de silencio administrativo, práctica frecuente en la Administración. Como observa -González Pérez, comentando el art. 62 de la Ley de Procedimiento administrativo que exige que el plazo para -resolver un expediente administrativo no debe exceder -de seis meses a no mediar causas excepcionales, debidamente justificadas:

"que se infringe a diario en todos y cada uno= de los departamentos ministeriales. Ni se re==suelven los procedimientos -al menos, en buena parte- en el plazo de seis meses, ni se consigna causa excepcional alguna que justifique la=

---

"siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará esteexcluido del cómputo, el cual debera -empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes". La Administración debe contestar al recurso de alzada en el plazo de tres meses; en cuanto al de reposición la respuesta debe evacuarse en el plazo de un mes. En cualquiera



demora, ni se ordena la incoación de expediente - disciplinario alguno, aun cuando en bastantes casos la razón de la demora no es el exceso de trabajo y el escaso número de funcionarios, sino la actividad de los órganos superiores, que ante la impunidad más absoluta de que gozan se abstienen de liberadamente de dictar resolución expresa en todos aquellos expedientes que les resultan molestos" (371).

Castells habla, en este sentido, de que este tipo de actuaciones es "práctica habitual en la denegación de pasaportes" (372), más grave en esta materia cuando

---

ra de ambos casos si recayera resolución expresa, el plazo para formular el recurso el plazo deberá contarse desde la notificación (arts. 125,2 LPA - 52,2 LJCA).

(371) J. González Pérez, "El procedimiento administrativo" Publicaciones Abella, Madrid, 1964, pág. 495.

(372) "El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España", págs. 163-169. Sobre las razones de esta práctica ver las razones que aporta De la Morena, citado por Castelles, pág. 167.

do el art. 6 del Decreto de 1958 y el art. 5 del Decreto vigente de 23 de diciembre de 1971 exigen que el pasaporte se expida a las cuarenta y ocho horas.

En resumen, y desde el punto de vista de las garantías de la libertad, podemos señalar que el recurso administrativo incide de la siguiente manera:

- a) Su existencia retrasa la firmeza del acto, creando una situación confusa en torno a su validez - que se agrava para el administrado, y siempre en beneficio de la Administración, al ser ejecutivo dicho acto desde la fecha en que se dictó. La Administración, sin embargo, puede atenuar esta --presunción.
- b) A diferencia de lo que ocurre en Derecho privado, la norma general en Derecho administrativo es la validez del acto y en materia de controversia la norma general es la anulabilidad, de modo que el ejercicio de la acción es, en este caso, el requisito fundamental para determinar la validez o invalidez de un acto viciado. Pero, también a diferencia del Derecho privado, los plazos de ejercicio de la acción son extremadamente breves, con el riesgo de su caducidad en beneficio de la Administración.

4.1.2.2.- Remisión del expediente por la Adminis-  
tración y control del contencioso-adminis-  
trativo.-

Según el art. 61 LJCA, el Tribunal acordará también reclamar el expediente administrativo a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición, "el expediente deberá ser remitido en el plazo máximo de improrrogable de veinte días a contar del requerimiento". Qué ocurre si la Administración no remite el expediente?. El Tribunal lo recuerda de nuevo para que lo efectúe en el plazo de diez días con apercibimiento de multa de 500 a 5.000 ptas. Caso de no remitirse, el Tribunal impone la multa que se hace efectiva por la vía de apremio y acuerda lo demás que proceda para exigir responsabilidades.

Volvemos a encontrarnos con el mismo problema: frente al rigor que entraña el incumplimiento de deberes por parte de administrado, frente a la brevedad de los plazos y el riesgo consiguiente de caducidad...= la ley se limita a penar la "desobediencia" administrativa con una pequeña multa, nunca proporcional perjuicio que puede causarse al burlar del conocimiento del Tribunal un elemento que es fundamental para la resolu-

ción. El plazo de veinte días para que el demandante deduzca su demanda cuenta desde el momento que el expediente se recibe en el Tribunal (art. 67, 1 LJCA), en cambio si la demanda no se presenta en dicho plazo se declara el recurso caducado de oficio (art. 67, 2 LJCA). De este modo la Administración que goza ya de los privilegios señalados puede dominar el propio procedimiento contencioso dificultando su desarrollo.

En idéntico sentido debemos recordar que, según el art. 103 LJCA, la ejecución de la sentencia corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso, pudiendo incluso suspenderla en determinados casos, a juicio del Consejo de Ministros. Analizando dicha disposición en una progresiva pérdida de garantías para el administrado encontramos - que entre las posibles causas de suspensión o inejecución de la sentencia figuran conceptos jurídicos indeterminados. Así la causa primera "peligro de trastorno grave para el Orden público", y la cuarta "Detrimento grave para la Hacienda pública". Esta cuarta causa contrasta abiertamente con la aplicación para el administrado del principio "solve et repete".

Igualmente la Administración juega a su favor el dato de la lentitud del procedimiento contencioso --

(373).

Por estas razones y otras más que podíamos señalar es por lo que afirmamos que el procedimiento administrativo es uno de los mayores peligros para la libertad. Esto no significa adoptar una postura de radical --desconfianza frente a la Administración solo señalamos -- la posición de desigualdad en que se encuentran las partes en la relación administrativa y procesal. La libertad y sus garantías, cada vez en mayor medida, es la defensa frente a los aparatos de poder.

4.2.- El trámite de previa audiencia y las sanciones administrativas de Orden público.

Desde el planteamiento que venimos seña--

---

(373) Cfer. en este sentido, M. Durán, "Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques". L.G.D.J. Paris, 1966 págs. 574-581.

lando la cuestión incide en la restricción de garantías que supone para el administrado la regulación del procedimiento administrativo de sanciones de Orden público.

4.2.1.- El trámite de previa audiencia y las garantías de la libertad.

La presente garantía se formula en el aforismo, sobradamente conocido, de que "nadie puede ser condenado sin ser oído". El trámite tiene como finalidad posibilitar al afectado para que pueda hacer valer sus razones, en un momento determinado del proceso (374), para que el órgano sancionador las tenga en cuenta a la hora de formar juicio y dictar la resolución.

El trámite constituye una de las garantías fundamentales de defensa del inculpaado, "por lo que cuan-

---

(374) El mismo término "previa", indica con total claridad que la audiencia del afectado debe ser anterior a la resolución. La sentencia de 7-III-1950 señala que el presente trámite culmina el período de gestión, una vez que se han recogido todos los informes.

do por quien se impone una sanción, exige una responsabilidad o desconoce un derecho, se da al olvido tan fundamental máxima procesal, no cabe duda que imprime a su resolución un vicio que lo invalida porque no es un solo precepto el que conculca, aquel que rige la materia de la resolución que se dicta sino que en él infringe los preceptos todos, escritos o no escritos, que rigen y protejen bajo este aspecto los fueros de la propia personalidad" (T.S. 14 de febrero de 1919) (375). Braibant lo califica como "piedra angular de todo procedimiento legal" (376). Este sentimiento es prácticamente unánime y de él se hacen eco las legislaciones de los -

---

(375) La jurisprudencia se ha referido al trámite en los siguientes términos: "principio de ética jurídica", "garantía de ecuanimidad y acierto de la resolución", "practicable de oficio", "necesario y de ineludible cumplimiento para la Administración" "trámite sustancial, fundamental, capital, esencia esencialísimo, sagrado"... Recogido de Martín Re-tortillo, O.c., págs. 218-219.

(376) Braibant, Questiaux y Wiener, "Le controle de l'administration et la protection des citoyens" (étude comparative); Ed. Cujas, Paris, 1973, pág. 236.

diversos países sancionando su incumplimiento con la nulidad de actuaciones.

Junto a esta primera característica de defensa de los intereses y derechos del administrado, el trámite engloba una segunda finalidad, garantizar el acierto de la resolución (377). En tercer lugar la previa audiencia en el cuadro del procedimiento administrativo - permite, el ejercicio de un mínimo control sobre la Administración; no tanto porque las alegaciones en defensa propia lleguen a los resultados pretendidos cuanto - porque la Administración admite y reconoce la necesidad de ser con rolado en su propia actividad de información e investigación, a pesar de que el hecho pueda estar patente para ella: la lucha contra los privilegios del poder es, en todo momento, la lucha contra el dogmatismo administrativo.

La evidencia del principio queda rota, en Derecho español, en materia de sanciones de orden público

---

(377) Royo Villanova, "El procedimiento administrativo como garantía jurídica" REP, nº 48 (1949), pág. - 90; Serrano Guirado "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo" RAP, nº 4 (1951), - págs. 136.



Esto es más grave cuando se trata, como observa Martín Retortillo, de una actividad administrativa sancionatoria, es decir, destinada a infligir daños a los afectados en la que, por tanto, el aspecto de garantía que a lo procedimental se viene atribuyendo, deberá adquirir relevancia destacada (378).

Nos encontramos así, en materia de policía, - en un punto límite, delimitado entre las garantías de - la libertad y las propias características del hacer administrativo, la búsqueda del interés general refuerza su actitud vigilante del ejercicio de la libertad. En - este campo la ejemplaridad, rapidez y eficacia de la - sanción administrativa queda reforzada por la unilateralidad. Reconocer a la Administración la posibilidad de - violar esta garantía equivaldría a redoblar sus facultades discrecionales ya suficientemente fuertes, sin olvidar que la sanción se basa en la apreciación de un con-

---

(378) Martín Retortillo, "Las sanciones de orden público en Derecho español", Vol. I, pág. 199 y sigs.

cepto jurídico indeterminado -el orden público.

4.2.2.- El trámite de previa audiencia en el Derecho español.

"Nadie podrá ser condenado sino en virtud - de ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado" (art. 19 FE).

El art. 133 LPA que encabeza el capítulo II del título VI señala que "no podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado en el presente capítulo, salvo lo dispuesto en disposiciones especiales". Dentro de este procedimiento tiene - un interés especial el art. 91 de la misma ley, referido a la "audiencia del interesado": 1.- Instruidos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni - superior a quince, aleguen y presenten los documentos y= justificaciones que estimen pertinentes. 2.- La audiencia será anterior al informe de la Asesoría jurídica o al - dictamen del Consejo de Estado. 3.- Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expedie

te ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas - por el interesado".

El art. 137 LPA, dentro del procedimiento sancionador, habla de notificación al interesado para que en el plazo de ocho días pueda alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

Frente a la normativa general, el trámite de previa audiencia va a resultar afectado, en materia de sanciones de orden público, por la cláusula final del art. 133 LPA, "salvo lo dispuesto en disposiciones especiales". El decreto de 10 de octubre de 1958 va a solucionar, o al menos trata de solucionar, las dificultades que presenta la interpretación de dicha cláusula. En su art. 14 incluye entre los mismos, "los procedimientos sobre extranjería y pase de fronteras y sanciones gubernativas en los casos y circunstancias de la ley de Orden público, disposiciones complementarias y apartado 5º del art. 137 del Reglamento de 31 de enero de 1947" (379).

---

(379) El Reglamento de procedimiento del Ministerio de

En lo relativo a facultades de los gobernadores civiles, el Estatuto de igual fecha y en su art. 24 dirá: "las sanciones que el Gobernador imponga en aplicación del artículo anterior quedarán excluidas de la ley de procedimiento y se tramitarán con arreglo a las normas peculiares en la materia de Orden público a que se refiere". De nuevo, ante las dificultades de interpretación poco favorable a los intereses del grupo en el poder? - con fecha 16 de junio de 1965 un nuevo decreto - dirá que "en todo caso" seguirán dicho trámite -el establecido en el art. 137,5 del Decreto 31-I-1947 las sanciones establecidas en la ley de Orden público, la ley de Administración local y los arts. 24 y 31 del Estatuto de Gobernadores civiles.

La confusión de esta farragosa normativa "acla

---

la Gobernación de 31-I-1947 dice: "La Autoridad co--rrespondiente podrá acordar, mediante proveído y bajo su responsabilidad (...) la sanción de plano, cuando - de denuncia o antecedente apareciere comprobada la infracción o extralimitación y, además, no exista precepto legal aplicable que exija la incoación de expediente. En el precepto disciplinario esta facultad se limitará las sanciones previstas en el art. 61 del Reglame

ratoria" (?) queda completa cuando en el preámbulo - de la ley de procedimiento administrativo leemos que "el procedimiento sancionador tiene carácter supletorio; sin embargo, las normas esenciales de garantía del interesado contenidas en la ley, se aplicarán -- cuando no estén consignadas en las de un procedimiento especial".

La ley de Orden público de 1959 calla en lo relativo a esta materia si bien va a modificar uno de los aspectos más meritorios de la ley de Procedimiento, la uniformidad en materia de recursos administrativos (380). El recurso que aquí se crea tiene el do--

---

to de 7 de septiembre de 1918, modificado por R.D. de 12 de diciembre de 1924".

(380) La doctrina administrativa es unánime en la repulsa de esta reforma. Gonzalez Navarro lo califica de extraño recurso" (Procedimiento administrativo, III parte Escuela nacional de Administración Pública, 1965 págs. 85-86). Ver entre otros Gonzalez Pérez "La revisión de la ley de Procedimiento Administrativo". B.A. nº 62-63 (1963), pág. 17; -

ble carácter de súplica y alzada y va a dar lugar a una práctica administrativa anticonstitucional y a una no me nos anticonstitucional interpretación por los tribunales en lo que hace referencia a la audiencia del interesado=

---

Garrido Falla "Tratado de Derecho administrativo", - Vol. III, I.E.P. Madrid, 1963 pág. 171; Martín Retortillo, O.c., pág. 326 y sigs.

Sobre la naturaleza de dicho recurso tanto González-Navarro, O.c. pág. 86 como Martín Mateo, "Manual de Derecho administrativo", Madrid, 1971, pág. 382; y - González Pérez "Comen arios a la ley de Orden público", pág. 247 señalan que se trata de un recurso de reposición por decidirse por el mismo órgano que dictó el acto objeto de recurso y no se ve, en conse--= cuencia, la necesidad de modificar la terminología - cuando puede inducir a confusión con el recurso de - súplica típico que se admite en nuestras leyes y de= naturaleza muy distinta.

(381), así se entiende cumplido el trámite, olvidando - que la garantía reside en que sea previo, porque la interposición del recurso permite que la parte sea oída.= Todo el procedimiento y todo ese fárrago de disposiciones se encamina a privar al afectado del trámite de previa audiencia.

---

(381) Sobre la vigencia del proceso sancionador de órden público ver L. Martín Retortillo, O.c, págs. - 315-344. Para este autor el procedimiento del art. 137-5º del Reglamento de 31-I-1947 quedó derogado= por la ley de Procedimiento administrativo, en este sentido la referencia que hace el decreto de -- 1958 a dicho reglamento no es correcta. A mayor abundamiento, según el mismo autor, la interpretación gramatical y lógica del art. 1,14 del Decreto de -- 1958 señala que no se identifican las sanciones de la ley de Orden público y las del art. 137,5º del - RPMG de 1947. Entonces, ¿cual es el procedimiento?. No se regula, pero "sea cual sea es incuestionable que debe tener prevista la defensa del afectado y que tiene que incluir por tanto, el trámite de --- previa audiencia".

#### 4.2.3.- El alcance del art. 19 FE

El art. 19 del Fuero de los Españoles define a nivel constitucional el trámite de previa audiencia y este trámite, no obstante y como hemos visto, queda arrumbado en el olvido en determinados procedimientos administrativos especiales, entre ellos el de sanciones de Orden público.

Del sentido y del análisis comparativo del art. 19 FE con otros preceptos del mismo Fuero se observan las siguientes características:

- a) El carácter general, que no admite excepciones, de su fórmula introductoria: "Nadie puede ser - condenado sino..."
- b) No existe ninguna restricción legal de dicha garantía que condicione su juego "de acuerdo con lo establecido por las leyes".
- c) Dado el carácter fundamental de la norma -ley - fundamental, superley- y dado el principio de - jerarquía legislativa recogido en el art. 17 FE, las normas de rango inferior deben respetar dicha garantía como exigencia "sine qua non" del Estado de Derecho.
- d) El art. 36 FE, sin embargo, no sanciona con nulidad:



"toda violación que se cometiere contra cualquiera de los derechos proclamados en este Fuero". Habla, en -- cambio, de que será "sancionada por las leyes, las -- cuales determinarán las acciones que para su defensa= y garantía podrán ser utilizadas ante las jurisdiccio= nes en cada caso competentes". De esta manera, dicho= artículo, el último del Fuero, repercute sobre la to= talidad del mismo restringiendo la defensa de la liber= tad a lo que se establezca por la ley. La libertad de9 finida por la Constitución queda limitada a la regula= ción por la ley ordinaria.

Además del recurso de contrafuero regulado por ley de 21= de noviembre de 1966 (382), el juez ordinario puede ejer=

---

(382) Como atinadamente observa Sánchez Agesta, "la ley= orgánica (...) establece un recurso de contrafuero que puede en cierta manera asimilarse a una revi== sión de constitucionalidad que descargaría a los -- jueces de este deber, Hay, sin embargo, que adver= tir, que más que un recurso de constitucionalidad= es propiamente un instrumento político de control= constitucionl. Su objeto es de gran amplitud. De -- acuerdo con la ley puede promoverse contra todo ac= to legislativo o disposición general de Gobierno -- que vulnere los Principios Fundamentales o demás -- leyes fundamentales del Reino. Pero su eficacia es

cer de dicho control de constitucionalidad y puede de-  
clarar la nulidad de una norma contraria a las leyes fùn  
damentales?. En otras palabras, si la función del juez -  
consiste en la pura mecánica de subsumir hechos en nor-  
mas, o si el juez crea y recrea el Derecho y, en este se  
gundo caso, si carece del poder de declarar la nulidad de  
una norma contraria a la Constitución, qué posibilidades  
se le ofrecen.

En la jurisprudencia de Orden público, sobre -  
sanciones, recogida por Martín Retortillo en alrededor -  
de sesenta casos se alega expresamen e el argumento de -  
la falta de audiencia del interesado. No obstante, y co-  
mo señala, en un solo caso se alegará directamente el --  
art. 19 FE contra una sanción de 25.000 ptas. impuesta -

---

muy limitada por los órganos legitimados para promo-  
verlo y el tiempo y casos en que se puede instar". --  
"La función constitucional del juez" Real Academia de  
Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967 pág. 51. -  
Del mismo autor, "El recurso de contrafuero y la pro-  
tección del orden constitucional" R.E.P., separata, -  
Madrid, 1972.

por el Consejo de Ministros. El Tribunal Supremo por sentencia de 21 de mayo de 1952 declarará su incompetencia por razón de materia -acto político- no entrando en el fondo del asunto, Es interesante, de todas maneras, por el modo como configura la posibilidad de alegabilidad directa de las Leyes Fundamentales, el - Considerando segundo de dicha sentencia, recogido por todos los que han tratado el tema:

"en la demanda se menciona como infringida la - disposición contenida en el art. 19 FE, ley que aparte de su carácter esencialmente normativo, incluye preceptos constitutivos de la definición de los derechos y deberes de los españoles y amparadores de sus garantías, equivalentes aquellos a una serie de normas constitucionales; de donde se infiere que al impugnarse cualquier actuación del Poder público se viene a ejercitar una acción de carácter esencialmente político, y tal es, por tanto, la naturaleza de la intentada en el pleito actual".

Del análisis de este párrafo resulta que lo constitucional queda configurado como político, excluido, por tanto, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así el problema sigue abierto. Este obstáculo sin embargo, no es tal si pensamos que, por ejemplo, - determinadas leyes ordinarias, así arts. 1 y 2 de la ley de Orden público; art. 1,3 de la ley de "sociaciones; art. 2 de la ley de Prensa e Imprenta, hacen una-

llamada expresa a las leyes fundamentales que deben ser interpretadas por el juez a la hora de valorar si se ha producido o no violación de dichas leyes. Como señala - Sánchez Agesta "lo que más compromete al juez, en mi opinión de manera ineludible, a una valoración directa de las leyes fundamentales es esa referencia directa del -- art. 1 de la ley de Asociaciones, y del art. 2 de la ley de Prensa e Imprenta a la ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales -- como límites de los respectivos derechos. Ciertamente al estar contenidos en una ley y como límites negativos no plantean el problema genuino de constitucionalidad de la ley, sino que implicarán más bien la medida de reglamentos o actuaciones administrativas. Pero obligarán al juez a fundar decisiones en una interpretación de las leyes -- fundamentales" (383).

---

(383) "La función constitucional del juez", pág. 54-55.

En el mismo sentido y referido al caso de la libertad religiosa, L. Martín Retortillo señala: "Se ha discutido en relación con las mismas (las Leyes Fundamentales) si constituyen derecho inmediatamente aplicable o si son solo unas normas programáticas que no tienen aplicación directa y que no vin-

Admito que será difícil en el caso español -  
que el juez pueda declarar la nulidad de la ley por ---  
juzgarla anticonstitucional. Dicha sanción queda reservada  
al Jefe del Estado a través del procedimiento que es-  
tablece la ley reguladora del recurso de contrafuero. Pe-  
ro, aún admitiendo esto, no hay dificultad alguna a que=  
el juez español pueda realizar una función de control -=  
constitucional sin declarar formalmente nula la ley. En=  
líneas generales el planteamiento que ofrecemos, siguiendo

---

culan ni a jueces ni a tribunales. Pues bien, en rela-  
ción con el problema expuesto, la Jurisprudencia que -  
analizamos, evidencia: a que en todos los casos se a==  
plican inmediatamente -es decir, de forma directa- ==  
los preceptos contenidos en las Leyes Fundamentales...  
"Libertad religiosa y Orden público", Tecnocs, Madrid=  
1970 pág. 52.

do a Sánchez Agesta en sus puntos fundamentales, es el siguiente. No hay ninguna dificultad para que el juez ordinario pueda aplicar este control a través del recurso de casación: el art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil declara que procede este recurso por infracción de ley o doctrina legal. Basta con que el Tribunal comprenda entre estas leyes las fundamentales.

Hay además una segunda vía que permite a los Tribunales ejercer sus poderes de control constitucional: "el ejercicio de sus poderes pasivos: eludir la intervención directa en cuestiones retamente políticas; interpretar de acuerdo con sus precedentes y con el precepto de rango constitucional que ha sido olvidado o eludido por la ley y anular por la vía indirecta de los defectos de procedimiento" (384). Esta última vía, la de los defectos

---

(384) Ibidem. pág. 56. El profesor Sanchez Agesta, hace una referencia más en este intento de abrir nuevas vías: la posibilidad de interpretar determinados principios recogidos en las leyes fundamentales como principios generales del Derecho. El riesgo puede ser grave, dado el carácter subsidiario de los=

de procedimiento ha sido repetidamente utilizada por los jueces y Tribunales como ha puesto de manifiesto suficientemente T.R. Fernández en su "Doctrina de los vicios de orden público" cuando el defecto ha creado una situación de indefensión por omisión del trámite de previa audiencia. La interpretación jurisprudencial va a ser tremendamente restrictiva. He aquí una sentencia que podemos considerar típica de este tipo de pronunciamientos:

" nadie debe ser condenado sin ser oído; pero la garantía y encuadramiento procesal de tal principio - ofrece abundantes modalidades administrativas -anuncio o publicación, notificación, audiencia, puesta de manifiesto del expediente- y, en muchos casos, - por su sencillez y naturaleza especial, el cauce - primero señalado al desarrollo de tal principio es el recurso de reposición o el de súplica y alzada, =

---

misos en defecto de ley o costumbre (art. 1 del Código Civil. Por este camino podíamos llegar, tal vez a reducir aún más el alcance que la práctica reiterada de los Tribunales ha dado a las Leyes Fundamentales en orden a su aplicabilidad directa. El sentido de esta apreciación no es el de considerarlos como fuente subsidiaria del Derecho sino como elementos de interpretación que, como tales, deben precisar el alcance de la literalidad de la ley y como medio de colmar su lagunas.

pues la finalidad esencial de tal principio es evitar la indefensión y por ello solamente cuando tal indefensión se produzca determinará al defecto de forma una anulabilidad con arreglo al art. 48,2" (T. S. 29 de octubre de 1962).

La sentencia de 26 de diciembre de 1959, refiriéndose ya al caso concreto del trámite en sanciones de orden público y reconociendo "el elemental principio de derecho -no desmentido en nuestro sistema jurídico- de que nadie debe ser condenado sin ser oído" llega a afirmar que:

"así como en los actos administrativos en general, - el trámite de audiencia es previo a la sanción, en los políticos e incluso en algunos administrativos - es posterior, pues su naturaleza requiere un carácter ejecutivo previo para no ser ineficaz, y cubrir una primera fase de ejecución, que restablezcan el orden jurídico perturbado, pero no supone la abrogación del principio".

La jurisprudencia no puede tener posiciones más contradictorias. Estas contradicciones llegan a su máximo nivel cuando el trámite de previa audiencia se convierte en posterior. La fuerza de la garantía radica precisamente, no en una fórmula estereotipada conservada por la tradición y el respeto a las primeras formulaciones, sino que en ella se reside, en su misma denominación, la fuerza que el trámite tiene como garantía. A pesar de lo cual sentencia hay que reduce la garantía a una mera "formalidad".



El conflicto se plantea entre la garantía y la ejemplaridad de la sanción, lo que supone de rechazo una presunción de veracidad, si bien es "iuris tantum", de los informes policiales. Veamos en este sentido la sentencia de 8 de febrero de 1971:

"para que las sanciones en materia de orden público sean ejemplares, las autoridades gubernativas no se hallan sujetas a formalidades rígidas, viéndose incluso obligadas a sancionar de plano esas infracciones a la vista de los informes policiales, para lo que están autorizados por el art. 137, ap. 2º, nº 1º del Reglamento de 31 de enero de 1947, vigente según los números 14 y 24 del art. 1º del Decreto de 10 de octubre de 1958 y artículo único del Decreto de 16 de junio de 1965; doctrina que destaca la importancia de esos informes policiales y admite -- que, en principio, hay que concederles veracidad y fuerza probatoria, como emitidos en ejercicio de funciones públicas y respondiendo a una realidad de hecho apreciada directamente por los Agentes que acudieron a cortar el acto ilícito sin perjuicio de un posible contraste con otras pruebas suficientes para desvirtuarlas" (385).

---

(385) El subrayado es mío. Existe, por otro lado, Jurisprudencia que refuerza este carácter de presunción "iuris tantum"; así las sentencias de 14 de febrero de 1970, 6 de marzo de 1973, 26 de septiembre de 1973, 14 de febrero de 1975, 5 de marzo de 1975 en

Estos planteamientos comienzan a hacer crisis, y justo es señalarlo, parece percibirse la influencia del libro de L. Martín Retortillo, varias veces citado y dedica

---

las que se señalan determinadas precisiones sobre las características que deben reunir dichos informes para gozar de la presunción de veracidad. Así se señala que deben ser "precisos"; la de 26 de septiembre de 1973, ante el supuesto de hecho de una persona con antecedentes político-sociales que se encontraba en el lugar de una manifestación, justificando la razón de encontrarse en dicho lugar, dice que no es suficiente la opinión de la policía: es preciso probar; la de 28 de enero de 1974 aún precisa más el concepto de "antecedentes" o "tendencias político-sociales": estos son inoperantes si no se traducen en actuaciones concretas; la de 14 de febrero de 1975 señala que estos informes tienen "valor probatorio... en el orden administrativo, por entero distinto de la función simple de denuncia que en los procedimientos penales se asigna al atestado en el art. 297 de la ley de Enjuiciamiento criminal", y, en igual sentido, la de 5 de marzo de 1975.

cado fundamentalmente a este tema, "Las sanciones de orden público en Derecho español". La influencia de Martín Retortillo es indudable en la sentencia de 28 de enero de 1975, pero con anterioridad a la de 1 de junio de 1973 ya se hace eco del problema... para acabar concluyendo, en el caso concreto (materia de prensa), que el trámite no es necesario. Así se plantea el problema en esta sentencia de 1973:

"la audiencia del interesado es un procedimiento administrativo es un trámite esencial susceptible de ser cumplido en diversas formas o momentos de acuerdo con las características y finalidades de la actividad administrativa que, en todo caso, su omisión merece la conceptualización legal de vicio grave de procedimiento, causante de nulidad si la misma general indefensión, dado que no todos los vicios o infracciones de trámite procedimentales originan la nulidad de un acto administrativo, pues además de necesitar ser graves la ley exige que den lugar a la indefensión del interesado o que el defecto de forma sea de tal entidad que el acto (precisamente por la omisión procedimental denunciada) carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar un fin (art. 48,2 de la ley de procedimiento administrativo) pero es que, y tal como ya declaró en supuesto análogo, la sentencia de la Sala de 16 de mayo de 1970, al tratarse de la publicación de un artículo periodístico en el que los hechos están "perfectamente justificados" no hay nada que comprobar y esclarecer al figurar ya consignados en el editorial, resultando innecesario oír al inculpado, a los testigos y a cualquier otra persona".

teoría que será rechazada, en materia también de infracción

nes de prensa, por la sentencia de 27 de febrero de 1975, que exige el cumplimiento del trámite.

La sentencia de 28 de enero de 1975 aceptando - plenamente las tesis defendidas por Martín Retortillo llega a señalar que el art. 137, 5º del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1947 debe interpretarse como - derogado por imperativo del art. 48 de la ley de 17 de julio de 1958, además del respeto a los principios contenidos en los arts. 18 y 19 del Fuero de los Españoles:

"El art. 137 del añejo Reglamento de 31 de enero - de 1947 debe puntualizarse que la facultad que su número 5º concede a la autoridad -"sanción de plano"- no supone sanción en la que se prive de cualquier elemental garantía de defensa al inculpado, sustituyéndola por el mero ejercicio de un recurso jerárquico sin vista de actuaciones, ni constancia de su audiencia; sino que en casos de notoriedad - indiscutida o abrumadoramente parecida, pueden obviarse los trámites de nombramiento de instructor y secretario especiales y de formulación de pliego de cargos -título VI de la ley común de 17 de julio de 1958- pro dejando constancia de testimonios directos y en su caso contradictorios de los hechos; pues de otra forma se llegaría al resultado de que sin deposición lo más inmediata y siempre directa - de quienes intervinieron en los actos -autoridades- y sus agentes, inculpados, terceros que los presenciaron- o su equivalente escrito si fuera posible - por el informe burocrático, emitido de buena fe per a base de simples referencias sobre los hechos, se sancione, resultando luego claramente menoscabados los derechos de defensa que a posteriori quisieran ejercitarse con un escrito de recurso, al que por causas ajenas a las recurrentes, no pueden acompañarse testimonio u otras pruebas defensivas que contri

buyen a robustecer la objetividad legal de la decisión final; ello aparte de que el mismo art. 137 - del texto de 1947 no excluye la incoacción -por su sumario que sea- de expediente, con prueba y audiencia de los hechos e interesados (...). Que a la desviación procedimental cometida y que se ha señalado cuyos efectos revisten el cauce anulatorio -por imperativos del art. 48 de la ley de 17 de julio de 1958, aplicable en este punto- se une el respeto a los principios de los arts. 18 y 19 del Fuero de los Españoles -puesto que no hay seguridad jurídica, - donde los afectados por medidas oficiales no pueden defenderse en la forma eficaz factible; y porque si no se puede condenar penalmente sin audiencia y defensa, con mayor motivo ello será exigible en las sanciones de policía administrativa- cuya jerarquía legal puede y debe ser mantenida en todo momento, - sin daño para las exigencias de conservación del orden público, por la autoridad, dotada por la ley de 1959 de medios todos suficientes para ello, compatibles con la salvaguarda de los derechos subjetivos".

Independientemente ya del problema que planteamos al principio, la alegabilidad directa de las leyes fundamentales y la función de control constitucional al juez, nos hemos encontrado en una gravísima deformación -jurisprudencial solo justificable por la naturaleza de las materias en que se plantea, naturaleza que determina un sometimiento de los jueces a las necesidades que el ejercicio del poder por el grupo dominante. Las contradicciones que presenta la Jurisprudencia son la plasmación más patente de lo que comentamos. Si pensamos que, al margen de la constitucionalidad del procedimiento sancio

nador de orden público, este procedimiento no exige dicho trámite, la Jurisprudencia no tenía ninguna necesidad de ampliar la legislación fundamental (art. 19 FE) o la ordinaria para reconociendo la vigencia del principio, conformarse con decir que puede ser posterior. Y recordemos de nuevo que el acto administrativo es ejecutivo de oficio y que produce todos sus efectos desde el momento en que se dictó.

A mayor abundamiento, ese restablecimiento del orden jurídico que se pretende que justifique la sanción de plano, no deja de ser quimérico: la sanción normalmente se impone una vez que el orden se ha restablecido. Solo una práctica jurisprudencial deformada puede presentarse como causa lógica del hacer de los Tribunales, que de esta manera vienen a reforzar las inmunidades del Ejecutivo. Insisto en la no existencia de ninguna traba que impida el con rol constitucional por el juez ordinario. Solo sus practicas y sus contradicciones, traducidas a este respecto como pérdida de independencia, no achacable totalmente a los jueces, ha producido este resultado.

Sin mayores dificultades podemos admitir que regulando el recurso de contrafuero el juez ordinario no puede declarar nula una ley por anticonstitucional, proceso y resultado que queda asignado a los órganos que seña-

la la ley de recurso de contrafuero, pero, aún admitiendo esto, no hay ninguna objeción de fondo que justifique la actuación seguida por los Tribunales en esta materia, y la mejor prueba la tenemos en la sentencia de 28 de enero de 1975.

#### 4.3.- El control de la Función legislativa

Las construcciones en torno a la separación de poderes, como esquemas de laboratorio, químicamente puros, si nunca tuvieron vigencia, y posiblemente nunca fueron formulados con esa pretensión de vigencia y pureza, mucho menos en la actual organización de poderes. La aparición de los partidos políticos y la presencia de los intereses de la burguesía disfrazando su tendencia a un poder absoluto bajo las apariencias de un poder representativo, supondrán un nuevo planteamiento de la organización real de poderes. La lucha por el poder se concentra en el grupo triunfante y la voz del Parlamento es la voz de la mayoría que respalda al Ejecutivo, haciéndose cierta la observación de C. Schmitt de que "la mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo " (386). A través de dicha mayoría Ejecutivo y Parlamento se relacionan de modo más=

---

(386) "Legalidad y legitimidad", pág. 49.

eficaz y real que a través de los mecanismos diversos - que pueda establecérsela constitución. Es una evidencia - palmaria que prácticamente no admite discusión, a pesar; de la declaraciones altisonantes que, sobre la separación de poderes, establezcan las distintas Constituciones.

El caso español se plantea en términos en los - que la organización de los poderes adquiere caracteres - netamente específicos y esto no solo por la afirmación - del art. 2º, II LOE -"el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y -== coordinación de funciones" (387) sino por el modo como -== concreto como se coordinan y por los órganos en que se realiza dicha unidad de poder.

En páginas anteriores veíamos cómo el sistema - español de protección de la libertad atribuye con caracteres indiscutibles dicha tutela a los órganos del Ejecuti-

---

(387) No entramos en la crítica de este artículo. Puede= consultarse Jorge de Esteban y otros "Desarrollo - político y Constitución española". Ed. Ariel Barcelona, 1973, págs. 56-58.



vo. En un sistema que no ha abandonado sus orígenes de dictadura comisoria, las Cortes se encuentran condicionadas casi totalmente a los intereses del Ejecutivo. La misma Judicatura experimenta este sometimiento. Así frente a la tutela de la libertad protagonizada por el Legislativo o por los jueces, surge la defensa de la libertad por el Ejecutivo. Esta constatación, en principio, no supone un juicio desfavorable al sistema de protección. El riesgo no radica en un protagonismo o en otro. El riesgo radica en la inexistencia o nula relevancia de los sistemas de control sobre dicho poder o función.

El sistema español de libertades públicas se inscribe más en el sistema latino que en el anglosajón. A diferencia de este, basado en la protección por el Juez, aquel se asienta sobre la regulación parlamentaria: la legislación ordinaria tiene preeminencia sobre la misma -- constitución hipotecando el posible desarrollo de esta, a tiempo que el Ejecutivo va a ejercitar un control, casi -- pleno, de dicha legislación ordinaria. Lo que podemos decir de un análisis del Derecho comparado adquiere unos tonos aún más fuertes en el caso español.

#### 4.3.1.- Control de la legislación

#### 4.3.1.1.- El "iter legis"

La iniciativa legislativa corresponde - en el caso español, de modo compartido, a las Cortes y - al Gobierno. Así queda recogido en la Ley y el Reglamento de las Cortes, a excepción de la ley de Presupuestos= que, por razones obvias, es de la exclusiva competencia= del Gobierno. No obstante, si realizáramos un análisis - estadístico, encontraríamos que esta posibilidad recono- cida a las Cortes ha quedado fuertemente recortada, son= escasísimos el número de proposiciones de ley que, a par= tir de la iniciativa de los procuradores, han llegado a= ser discutidas por las Cortes. Sí ha tenido una mayor re= levancia la posibilidad recogida en el art. 54,1 del Re= glamento: "Las comisiones podrán, de acuerdo con el párra= fo segundo del art. 15 de la Ley de Cortes, formular peti= ciones y propuestas al Gobierno para que remita a las Cor= tes un proyecto de ley".

El control del proceso legislativo no termina aquí. Corresponde al Presidente de las Cortes, junta mente con el Gobierno, fijar el orden del día tanto del - Pleno como de las comisiones (art. 15 LC y art. 14,4 Reg. C.); aún más, aunque el Reglamento de las Cortes (art. - 14,2) señala que el Presidente de las mismas fija y nombra a propuesta de la Comisión permanente, las Comisiones, es

te "fijar y nombrar" debe realizarse de acuerdo con el Gobierno e igualmente el Presidente de la Cámara requiere el acuerdo del Gobierno para suspender las sesiones y trabajos de la Cámara (art. 14, 20 Reg. C.).

De igual manera el ejercicio de la función de control, a través de interpelaciones, ruegos y preguntas, queda frecuentemente condicionado. Los ministros siempre tienen el derecho de última palabra, aunque ultimamente haya sido atenuado este derecho; los ministros, en el Pleno, en contraste con las limitaciones a que son sometidos los procuradores en el uso de la palabra, "tendrán derecho a hacer uso de la palabra en cualquier momento, previa la venia del Presidente" (art. 68 Reg. C.). Aún más, estas limitaciones quedan reforzadas por el hecho de que "el Gobierno podrá no aceptar la interpelación cuando así lo exijan razones de Estado, de las que dará cuenta a la comisión permanente a través del Presidente de las Cortes" (art. 75 Reg. C.), siendo el propio Gobierno quien aprecia dichas razones. Y ello sin olvidar que sólo podrán ser tratadas en sesión las interpelaciones que hayan sido incluídas en el orden del día (art. 7 Reg. C.). El orden del día, recordemos, se fija por el presidente de las Cortes de acuerdo con el Gobierno.

4.3.1.2.- La reserva de ley y la potestad reglamentaria.

El principio de jerarquía legislativa -- constituye una de las garantías fundamentales del Estado de Derecho. Como tal garantía y como corolario de la seguridad jurídica se encuentra recogido en el art. 17 del Fuero de los Españoles.

Los arts. 10 y 12 de la ley de Cortes de finen las materias que quedan reservadas ala competencia de las Cortes y que han de ser reguladas, por tanto, por ley formal.

Junto a este poder legislativo atribuido a las Cortes, el art. 13 LC señala que "por razones de urgencia, el Gobierno podrá proponer al Jefe del Estado= la sanción de decretos-leyes para regular materias enunciadas en los arts. 10 y 12. La urgencia será apreciada= por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el artículo anterior, la cual podrá llamar la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuero. Acto continuo de la promulgación de un decreto ley

se dará cuenta de él a las Cortes" (388). El empleo de esta técnica y facultad se encuentra prácticamente generalizada en todos los países. Los riesgos radican en los abusos que pueda desencadenar burlando el principio de reserva legal. La regulación española remite al Jefe del Estado la facultad de apreciar la urgencia y necesidad oída la comisión de competencia legislativa.

La relevancia de la intervención del Jefe del Estado es indiscutible al apreciar una situación de hecho que supone una ruptura constitucional, por mucho que la ruptura sea prevista por la propia Constitución (Romano no llega a decir que, en estos casos, la necesidad se convierte en fuente del Derecho). Privadas las Cortes de un poder efectivo de control, sería deseable que el Jefe del Estado actuara la "más exacta observancia" de sus poderes de árbitro y garantía de la Constitución -"El jefe del Estado (...) cuida de la más exacta observancia de -

---

(388) Esta comisión está formada por el Presidente de las Cortes, un Ministro designado por el Gobierno, Un consejero perteneciente a la Comisión permanente del Consejo Nacional, un procurador en Cortes con título de letrado, El Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo.

los Principios y demás leyes fundamentales; ... garantiza y asegura el regular funcionamiento de los altos órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos" (art. 6 LOE)-, limitando sus propios poderes de "dirigir= la Gobernación del Reino por medio del Consejo de Minis=tros" (art. 13, I LOE). De otra manera el Jefe del Estado, como órgano del Ejecutivo, se verá envuelto en su misma - beligerancia, perdiendo su carácter de árbitro.

Junto al decreto-ley gozan de la misma fuerza= la ley formal ordinaria los decretos-legislativos o legislación delegada. A diferencia del caso anterior en que -- la iniciativa corresponde al Gobierno que es quien apreci en el primer momento, la urgencia, en la legislación delegada es preciso que exista "autorización expresa" de las Cortes (art. 51 LOE; art. 10,4 LRJAE) para cada caso. Ant el peligro de que el Ejecutivo vaya más allá de la autorización las Cortes deberán actuar sus poderes de control d rogando, si fuera preciso, la delegación. Los abusos que, en este sentido, hayan podido cometerse, al menos en muchos casos, han sido resultado de una dejación de competencias por parte de las Cortes.

Junto a estas dos posibilidades que, aun condistinta justificación, suponen la intromisión de un órgano en las competencias específicas de otro, encontramos

residenciado en el poder ejecutivo la potestad reglamentaria (389). Aquí la Administración actúa en virtud de competencia propia. Esta potestad viene justificada por diversas razones, desde la consideración del Ejecutivo como un poder residual -en él permanecerían ciertas facultades legislativas- hasta las propias necesidades de la organización estatal dado que el Legislativo es incapaz de prever todas las contingencias que puedan producir la aplicación de la ley y que deben ser suplidas por el Ejecutivo en virtud de sus poderes residuales. Desde el punto de vista jurídico la razón última es siempre la asignación que la Constitución hace de dichas facultades al Ejecutivo. Este al actuar dicha competencia se encuentra sometido al principio de reserva legal y al principio de reserva legislativa (390). Como garantía del administrado, el reglamento, aun con sus peculiaridades, es con

---

(389) Podemos definir el reglamento como aquella disposición jurídica normativa, de carácter general, dictada por la Admón pública, en virtud de competencia propia y con valor supeditado a la ley.

(390) "La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes" (art. 41, I LOE), con el que concuerdan los arts. 23 y 26 LRJA.

siderado como un acto administrativo.

La referencia a estas posibilidades del hacer administrativo es necesaria si pensamos que el estado de excepción se declara por decreto-ley y que la materia de policía es regulada, normalmente, a través de reglamentos. Por ello no interesa, a estos efectos, tanto un análisis de ambos conceptos de la Ciencia de la Administración, -- cuanto señalar la competencia y los riesgos que pueden acarrear para la libertad. Vuelvo a insistir en que los -- riesgos no radican en el reconocimiento de dichas facultades sino en la posibilidad del abuso, máxime en un sistema que, como el español, conoce escasas limitaciones al Ejecutivo, en que éste controla todo el desarrollo de la función legislativa y en que los tribunales se encuentran igualmente sometidos, al menos en materia de policía de las libertades públicas, a los intereses políticos del -- grupo en el poder.

En un sistema constitucional como el analizado tal vez debamos concluir con la observación que hemos hecho ya repetidamente: en última instancia, la única posibilidad efectiva de control del Ejecutivo es el autocontrol que sus órganos ejerzan sobre sí mismos. La racionalidad demoliberal de la separación de poderes queda así -- devuelta a la irracionalidad del despotismo ilustrado. De



nada sirven las tácticas del Estado de Derecho si el sistema de poder sobre el que se pretende que actúen no lo es. De nada sirve hablar de supremacía de la Constitución si la ley ordinaria la hipoteca. De nada hablar de la supremacía de la ley formal si es controlada por el Ejecutivo o si este pueden romper la legalidad constitucional -- sin controles efectivos o si el Parlamento no es representativo. De nada sirve hablar de "derecho a una justicia independiente" si el Parlamento no lo es, si los Tribunales no lo son y si se ataca el principio de unidad de jurisdicciones, sobre todo en lo que afecta al ejercicio de las libertades públicas.

#### 4.4.- La suspensión de derechos fundamentales y el estado de excepción.

Desde la perspectiva constitucional, las situaciones excepcionales plantean los más graves problemas -- en torno a la organización de los poderes y la libertad. = Estas situaciones suponen una asunción de poderes extraordinarios que se traducen en una atenuación de los controles, tanto verticales por las limitaciones que supone a las libertades, como interórganicos; y vienen a reforzar la idea de la remisión del ejercicio de la libertad a las condiciones de hecho en que se produce.

Aunque en el caso español caben dos posibilida

des de poderes extraordinarios, los del Jefe del Estado (art. 10 d) LOE) y estado de excepción (art. 35 FE), so lo tratamos, por el momento, esta segunda posibilidad, en cuanto atribuida al Gobierno su declaración y a los organos de la Administración su cumplimiento.

El Estado de excepción se va a introducir tardamente en Derecho constitucional, por las requicencias, siempre presentes al Estado absolutista, y cuando se haga, serán con grandes reservas por la contradicción que parece descubrirse entre dicho estado y el orden democrático= (391). Se piensa así que la regulación jurídica de dichas

---

(391) "L'état d'urgence en démocratie" LGDJ, París, 1965 págs. 31 y sigs. La bibliografía sobre situaciones de poderes excepcionales, o estado de urgencia --- concepto más amplio que el de estado de excepción pues de la misma manera que la alteración admite matices también los admite la respuesta jurídica es amplia sobre todo en la doctrina francesa. En esta, junto a la obra de Camus destaca la de Voisse "L'article de 16 de la Constitution de 1958", LGDJ, Paris 1965, de gran interés, aparte la semejanza del art. 16 de la Constitución francesa con el art.

situaciones plantea graves atentados al orden jurídico; o se ve un ataque a los derechos del Parlamento; en otros casos se insiste en el riesgo de personalización del poder que arrastra la concentración -Camus lo restringe a= la personalización "excesiva"-, y en esta misma línea se hace notar que es una situación fácil y cómoda y, por -- tanto una auténtica tentación; y tal vez sobre todos los temores está presente el que la defensa del Estado pueda

---

10 d) LOE, por el planteamiento en torno a la vigencia de las normas excepcionales más allá del fin de la situación excepcional. Así mismo Koenig, "Protection des libertés publiques dans le regime d'état d'urgence", Revue administrative, 1958; R. Drago, "L'état d'urgence et les libertés pbliques" RDP, 1955; Auby - "Etat d'urgence" Revue de jurisprudence, RDP, 1956; - M. Dran, O.c., pág. 371; Burgoa, "Las garantías individuales", 6ª ed. Porrúa, Mexico, 1970; Piromano, "Manuale delle leggi di publica sicurezza" Milano, 1953; Morelli "La suspensio es dei diritti fondamentali nello Stato moderno (la legge fondamentali di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana) Giuffré, Milani, 1966.

ser el telón de fondo que oculte una mera defensa - del régimen político (392). Incluso se llega a obje-

---

Definir el estado de excepción plantea gran número de dificultades. Por ello suele ser definido= a partir del órgano competente para declararlo,= entendiéndolo como una concentración de poderes= en base al interés general. García Oviedo habla= de que "su índole es esencialmente indefinible"= "El constitucionalismo de postguerra" pág. 134.

(392) Barthelemy y Duez, para quienes "La legitimidad de la excusa política reclama un peligro verdaderamente nacional y no simplemente político"; "Traité de Droit constitutionnel", Paris, 1933, pág. -- 244. Kelsen: "se habla del derecho de necesidad= razonando poco más o menos de la siguiente manera: es evidente que el Estado debe vivir y si es to es imposible legalmente, corresponde a los ór ganos supremos del Estado hacer todo lo necesario para que el Estado resulte salvaguardado (...). - Detrás de la declaración cándida de que "el Estado debe vivir" se oculta con gran frecuencia la - voluntad deliberada de hacer vivir al Estado de l manera preferida por aquellos que se sirven de la

tar que la misma previsión constitucional puede producir un efecto no previsto, que se vea como "normal" lo que - en su misma naturaleza y enunciado es excepcional.

---

justificación del estado de necesidad" citado por Camus, O.c., pág. 45. Opinión parecida expone Schmitt - en "Legalidad y legitimidad". La utilización de las técnicas del estado de excepción con la finalidad de asegurar el ejercicio del poder de una persona o grupo es lo bastante alarmante como para no ser tomada en cuenta. Bastaría con mirar la situacional constitucional de determinados países (Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia ...) para ratificar esta impresión. Por ello G. Camus observa que "la defensa de las instituciones políticas por el recurso al estado de necesidad es inaceptable - cuando el régimen no es democrático. Pero la situación cambia a partir del momento en que los órganos constitucionales descansan sobre la voluntad popular. Es la amenaza contralas instituciones la que es antidemocrática es la defensa de las instituciones la que se convierte en democrática" O.c., pág. 251.

Dejando a un lado la cuestión de la incompatibilidad entre estado de excepción o situaciones excepcionales y régimen democrático -problema más teórico que == real (393) surgen dos cuestiones intimamente relacionadas

---

(393) Determinados sistemas, así las democracias socialistas, callan sobre el mismo; otros países -tal es el caso de Bélgica en el art. 130 de la Constitución lo rechazan abiertamente, pero también es cierto == que una vez no admitido, al menos en las democracias de cuño liberal, se idean determinados sustitutivos como la legislación de crisis, o procedimientos legislativos simplificados (legislación de urgencia o delegada, Leyes de plenos poderes) que vienen a llenar el vacío. Lo que se pretende a través de la no regulación constitucional es evitar el atractivo que sobre los titulares del poder puede tener este tipo de regulaciones y, al tiempo, establecer controles parlamentarios eficaces. Pero, como señala Morelli, O.c., pág. 267, comentando el art. 16 de la Constitución francesa y en la inexistencia de disposición parecida en Alemania e Italia, el hecho de que la Constitución calle no significa que no existan tales facultades.

a) si el estado de excepción supone una asunción de poderes en uno de los organos constitucionales, cuál debe ser este y b) cuáles son los límites en que esta concentración puede producirse.

4.4.1.- Significado de la asunción de poderes extraordinarios.

El fin del estado de excepción es crear un dispositivo jurídico que respetando a las autoridades civiles el ejercicio de sus poderes tradicionales se trata de reforzarlos y concentrarlos para su mejor acomodo a situaciones graves para la libertad de los ciudadanos y la vida del Estado (394). Como dice Blunschli, "el Estado es una persona moral tan elevada que la necesidad de su conservación primer deber del Gobierno, puede autorizar una violación real del derecho individual y del orden establecido. "Salus populi, suprema lex esto". De ahí el poder excepcional del Gobierno en virtud del derecho de proceder

---

(394) M. Dran, O.c. pág. 317.

según la necesidad, que pertenece a la Nación. Sin duda este poder es peligroso para las libertades públicas. Erigirle en regla es atribuir paso a la tiranía. Pero es indispensable como excepción. Para salvar un navío vacilaría el capitán en arrojar al mar la carga?" (395).

Este modo de ver las cosas es común incluso - en los autores que perciben la incompatibilidad -más bien riesgo- entre el estado de excepción y la democracia. Así Esmein de modo significativo, "no decimos que la patria - deba ser sacrificada a la legalidad. En estas circunstancias excepcionales, el Gobierno no solamente puede sino - que debe cometer una ilegalidad... De esta manera el Gobierno puede llevar a cabo actos ilegales; tiene el deber de hacerlo" (396). La defensa de la libertad puede exigir

---

(395) Citado por García Oviedo "El constitucionalismo de postguerra" pág. 131. Reforzando esta opinión la - de Jellinek "La administración pública sirve a todos los fines del Estado; en primer lugar asegura la existencia del Estado. La policía y el Derecho Penal protegen no solamente los bienes individuales y sociales, sino también al Estado mismo... este fin es el primero y más importante y debe ser realizado en los límites determinados; es una de las condiciones de una actividad eficaz del Estado" "L'état moderne et son droit", París 1911, pág. 398-9.



en determinadas circunstancias la ruptura del orden constitucional formal, precisamente como "ultima ratio" de la defensa del orden de libertad en el momento en que los mecanismos constitucionales normales se manifiestan ineficaces:

Aún cuando la posibilidad de declarar el estado de excepción sea reconocida por la Constitución, el alcance de esta competencia va mucho más allá que lo que pueda indicar una mera consideración normativista. Este más allá nos indica que, en definitiva, el ejercicio de los derechos y libertades quedan referidos siempre a situaciones de hecho que generan la aplicación de una Constitución u otra. El estado de excepción plantea la aplicación de una constitución u otra; el atentado a una libertad afecta a todas; la disminución de determinados controles interorgánicos afecta al funcionamiento de todos los poderes.

Dentro de la teoría de las plusvalías políticas

---

(396) "Elements de droit constitutionnel français et comparé" T.II, pág. 104:

adicioales a la posesión legal del poder Schmitt, ocupa lugar relevante la existencia y el control del estado= de excepción, "quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuando debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige". En el mismo sentido para Mirkineguetzevitch el estado de excepción "presenta el mayor interés para la comprensión del sentido de todo régimen político, por referirse a la extensión de derechos y de poderes de la Administración, militar y civil, encargada de limitar las libertades individuales y al mismo tiempo por definir el - procedimiento de declaración del estado de excepción, es decir, precisar la competencia de la institución que establece esta restricción temporal " (397).

Del análisis del Derecho constitucional comparado se deduce que esta concentración de poderes se produce en torno al Jefe del Estado o al Gobierno, ya colectivamente o en uno de sus órganos. Las razones que se esgrimen giran en torno a la rapidez, eficacia y mejor in-

---

(397) "La theorie générale de l'Etat sovietique", Paris-1928 pág. 101.

formación de que normalmente están revestidos estos órganos. La dificultad no radica en admitir este fenómeno, sino en el control de unos órganos que se caracterizan - por la falta de publicidad de sus actuaciones preparatorias y sobre todo por la falta de publicidad de sus actuaciones preparatorias y sobre todo porque al representar, desde el punto de vista psicológico, la cima de una carrrera política el titular de la competencia podría tratar de mantener esta situación rompiendo el principio de igualdad de "chance" política. Al margen de prevenciones, que - deben traducirse siempre en controles eficaces, la asunción de poderes o la restricción de garantías viene así a robustecer la posición que el Jefe del Estado tiene de árbitro- y garante de la Constitución o los poderes de policía de - la libertad atribuidos al Ejecutivo.

Así entendida esta asunción y concentración no puede ser calificada ni de antijurídica ni ajurídica (398)

---

(398) Así González Pérez "Comentarios a la ley de Orden público", pág. 296. El dato legal en que se asienta dicha institución afecta a dos aspectos fundamentalmente: en aquellos casos en que la Constitución recoge esta posibilidad se trata de revestirla de - la gravedad y el prestigio de la Constitución y en-

Frecuentemente se observa por los tratadistas del estado de excepción que nos encontramos no en dos estados contrapuestos, uno de ilegalidad (estado de excepción) como podría dar a entender, p.e., la postura de Esmein, y otro de legalidad (estado de normalidad constitucional), sino en dos casos de legalidad, de modo que el estado de excepción no deja sin protección la libertad sino que la protección cambia de contenido. Es necesario precisar el alcance de esta afirmación que ha venido a convertirse en tópico. Una cosa es la extensión de competencias, la suspensión de algunos aspectos de la legalidad normal; y otra -- distinta que los controles sobre el Ejecutivo y que determinadas garantías, fundamentalmente jurisdiccionales y procesales quedan también suspendidas. Esto segundo será sentar las bases de una auténtica dictadura del Ejecutivo El estado de excepción no es un problema de legalidad sino de legitimidad.

---

todos los casos recogidos o no en la Constitución, - establecen los mecanismos de control del órgano ejecutor de la medida. Genevieve Camus percibe el riesgo de la constitucionalización en que "una vez previsto en la Constitución el recurso al estado de excepción aparece revestido de una presunción de legitimidad jurídica difícil de darle vuelta" O.c., pág. 198, si bien, como -

4.4.2.- Condiciones de entrada en vigor del -  
estado de excepción.

Podemos hablar de condiciones de fondo, condiciones de la declaración (órgano y modalidades)= y condiciones de control.

4.4.2.1.- Condiciones de fondo.

Las condiciones de fondo, o condicio== nes de hecho, nos vuelven a los conceptos jurídicos - indeterminados.

4.4.2.1.1.- Grave amenaza para el orden público

¿Qué quiere significar aquí el concep to "orden público"? Indudablemente está haciendo referencia a la vida del Estado, "esa persona moral tan elevada" (Bluntschli). Es el Estado quien está en peligro ante una amenaza interior o exterior contra su seguridad, o por otro tipo de riesgos, fundamentalmen

---

ella misma señala, la ausencia de este refrendo aún agrava más la cuestión.

te económicos, como los que contempla el art. 25 de la - ley de Orden público de 1959, "la magnitud de una catástrofe, calamidad o desgracia pública". Esta amenaza debe ser grave e inmediata de modo que de producirse puede acarrear un daño irreparable para el Estado (399).

4.4.2.1.2.- Insuficiencia de las facultades ordinarias.

No se trata unicamente de que la amenaza se produzca, sino de que no pueda hacerse frente a la misma por medio de las facultades ordinarias. En este sentido, y en una interpretación a sensu contrario, del art. 1 de la ley de Orden público de 1959, esta grave amenaza debe materializarse en el mundo exterior dificultando o - impidiendo el normal funcionamiento de las instituciones= públicas y privadas o el pacífico ejercicio de los derechos. La asunción de poderes extraordinarios se justifica unicamente por esa "anomalidad", no en la comodidad de un incremento de los poderes represivos. Si la amenaza puede entrar de lleno en los conceptos jurídicos indeterminados

---

(399) Camus, O.c., pág. 248.

la anormalidad que produce debe "exteriorizarse" y sobre este dato debe versar, desde el primer momento, el control de la declaración del estado de excepción.

4.4.2.2.- Garantías ante la declaración del estado de excepción:

Una postura fuertemente generalizada en la doctrina anglosajona, e incluso en la doctrina francesa, niega la posibilidad de que el titular de los poderes de excepción pueda suspender determinados aspectos de la Constitución, en base a la intangibilidad de la misma. Se plantea sobre todo en aquellos países cuyas Constituciones o no recogen esta posibilidad o no limitan el campo de la suspensión. En España esta posibilidad podría estar referida al art. 10, d) de la Ley orgánica del Estado.

En el planteamiento teórico de esta tesis se afirma que solo puede suspender la constitución el titular del poder de revisión, el pueblo, y excluida por hipótesis la revisión de determinados aspectos, debe estar excluida también la suspensión de los mismos (400). Carre

---

(400) Carre de Malberg, "Contribution a la théorie générale de l'Etat", Paris, 1922, T.II pág. 521 y sigs.

de Malberg es claro al afirmar que "el acto que viene a suspender la Constitución equivale al acto que opera una revisión parcial: los dos actos son de la misma naturaleza, suponen en su autor el mismo poder (401). Esta opinión generalizada en los autores que defiende la contradicción entre poderes extraordinarios y orden democrático ha sido criticada, entre otros por Camus (402) y Morelli (403).

Ambos autores parten de la distinción entre poder de revisión y poder de suspensión (404). La revisión

---

(401) O.c. T.I, paris, 1920, pág. 611

(402) Camus, O.c., pág. 290 y sigs.

(403) Morelli, O.c., pág. 229 y sigs.

(404) Desde una perspectiva puramente formal puede parecer resuelta la dificultad en los países cuyas constituciones recogen expresamente esta prohibición de suspender determinadas garantías, pero la cuestión permanece abierta, pues ¿por qué pueden ser suspendidas ciertas garantías, aquellas que pueden arrastrar mayores riesgos y que protegen las libertades más fundamentales y no el resto, que también pueden crear peligro?; además ¿se puede afirmar seriamente que, suspendida una garantía, no quedan todas afectadas?.



constitucional tiene un efecto duradero al pretender - establecer un orden constitucional nuevo, trata de modificar la infraestructura política, apareciendo así el poder de revisión como un poder propio, originario e incondicionado. El poder de suspensión, en cambio, no pretende establecer un orden nuevo con carácter duradero y el reestablecimiento de la situación no supone la creación - de instituciones nuevas sino el deseo de volver a la normalidad. Se trata de un poder condicionado que deriva del deber de velar por la vigencia de la Constitución encomendado a determinados órganos por la voluntad popular. Ahora bien admitida la distinción, como exigencia del propio orden constitucional y de su vigencia, ¿cuáles son los límites de la misma?.

Camus defiende la idea de que no existe limitación ni por razón de impedimento legal (v. gr. el impedimento del art. 35 FE) ni por la naturaleza de las normas; que la única limitación es por el fin perseguido: la salvaguarda del Estado democrático. De este modo los poderes - discrecionales del órgano titular de los poderes extraordinarios quedan reforzados peligrosamente. Podemos señalar las siguientes limitaciones.

#### 4.4.2.2.1.- Prohibición de revisar la Constitució

Suspender, como hemos visto, no equi-

vale a revisar. El poder de revisión solo pertenece al pueblo. La controversia surge por otros caminos.

Cabe la posibilidad, sobre todo cuando no se fija plazo o no se determinan las garantías que pueden ser suspendidas, de establecer lo que se ha denominado,= utilizando la terminología de Friedrich, una dictadura constitucional en que la situación prevista como excepcional acaba convirtiéndose en normal. El peligro es mayor cuando el titular de los poderes extraordinarios es quien declara el comienzo de la situación y le pone término sin más responsabilidad y control que su propia conciencia. Indirectamente se habrá producido una revisión constitucional falseando el procedimiento previsto. Convertir lo que es excepcional en normal es algo peor que una ruptura constitucional o que su falseamiento o que el abuso de poderes. Es la consagración de la ineficacia. Es claro que la salida de una situación tal no es jurídica sino política, como políticos y no jurídicos son todos los problemas que plantean estas situaciones (405).

---

(405) Lo que no es obstáculo para establecer un control jurídico.

Otro tipo de falseamiento puede darse a través de una legislación de excepción que modificara el contenido de las libertades.

4.4.2.2.2.- Inderogabilidad de las garantías procesales y jurisdiccionales.

Los titulares de los poderes de excepción han utilizado y utilizan con gran frecuencia sus poderes para introducir modificaciones en el sistema jurisdiccional ya para administrar justicia ellos mismos o para modificar sus reglas de organización o, fundamentalmente, creando tribunales de excepción.

Las razones de esta postura son varias. En muchos casos en la desconfianza de la autoridad de excepción frente a la independencia de los tribunales, en otros se trata de evitar un conflicto entre ambos órganos que pudiera suponer una pérdida de "eficacia" y autoridad del órgano de necesidad (406). Es preciso tener en cuenta,

---

(406) Camus, O.c., pág. 311 y sigs. Esta autora señala los siguientes criterios de autoridad jurisdiccional: a) con fiar en una autodisciplina de dicha au

a la hora de emitir juicio y a la hora de dictar estas medidas: a) prohibición, de principio, de dictar medidas de necesidad que afecten a la organización y funcionamiento del poder judicial no puede dañar a la salvaguarda del Estado democrático, y b) las medidas de necesidad que afectan a la organización y funcionamiento del poder judicial no constituyen nunca una garantía democrática. Como señala Camus un procedimiento judicial, una decisión jurisdiccional comportan siempre más garantías para los ciudadanos que la elaboración y ejecución de una medida administrativa, la resolución de un procedimiento sumario o la decisión que emana de una jurisdicción de excepción. La falta de independencia y de especialización (pensemos en los Tribunales militares), el sometimiento a la presión política ambiental, la aplicación de criterios políticos y no jurídicos... son características siempre presentes, cuando nos encontramos fuera de la jurisdicción ordinaria

---

toridad; b) o limitar la autoridad del titular de poderes de excepción a una actividad negativa: la suspensión total o parcial del ejercicio de la función jurisdiccional hasta la expiración del período de necesidad pero sin afectar a las reglas relativas a la organización del poder judicial.

4.4.2.2.3.- Limitación en el tiempo:

Por la propia provisionalidad de la medida, debe tener una duración limitada; y no cabe duda de que la mejor garantía, al permitir un control directo o indirecto, es fijar previamente la duración. Esta garantía de los ciudadanos tiene un especial sentido cuando el órgano que declara la situación es también el titular de los poderes. En este caso el período de vigencia en el tiempo debe ser mínimo, el tiempo necesario para que el Parlamento pueda hacerse cargo de dicha situación y aprobar, desaprobar o modificar y fijar las condiciones de ejercicio de dichos poderes. Lo que pueda suponer de garantía de fijación en el tiempo queda anulada si no establecemos un sistema de control parlamentario efectivo.

, En torno a la duración en el tiempo - se ha planteado un problema de indudable trascendencia: si las medidas de excepción finalizan con el acto jurídico que pone fin a la situación o si prolongan su vigencia más allá del mismo. El tema se ha discutido, sobre todo, en la doctrina francesa en torno al Decreto de 29 de septiembre de 1961 que puso fin a los poderes extraordinarios del General de Gaulle, en base al art. 16 de la Constitu

ción del 1958 (407). A este respecto es preciso hacer una distinción aclaratoria sobre el carácter del control del Parlamento. La cuestión tiene sentido si el Parlamento - se limita a darse por enterado de todo el proceso, no si el Parlamento se limita a darse por enterado de todo el proceso, no si el control se verifica sobre la validez - de la medida. En el primer caso el decreto que pone fin - puede señalar que continúan vigentes algunas medidas. En

---

(407) Cfer. Voisset y Camus, obras citadas. Igualmente, Berlia, "Le president de la Republique dans la Constitution de 1958", RDP 1959, pág. 71, "L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement", -- RDP, 1961, pág. 1029 y "Le controle du recours a -- l'article 16, et de son application" RDP, 1962, pág. 288. Hamon, "A propos de l'article 16, quelques questions juridiques" AJDA, 1961, I, pág. 663; Lamarque "L'egalité constitutionnel et controle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 de la Constitution de 1958" RDP, 1961 pag. 558. M. Debre "La nouvelle constitution. Discours de presentation prononcé le 27 aout 1958 a l'Assemblée Générale du - Conseil d'Etat" Rev. Fr. SC. pol. 1959, pág. 101...

das el art. 16 concede plenos poderes discrecionales. - De la misma manera la doctrina es vacilante y las posturas son muy diversas.

, Así Hamon y Lamarque afirman que el decreto pone fin a todas las medidas. Para Hamon "se trataría por - hipótesis de medidas posteriores al fin de las circunstancias quehan legitimado el art. 16<sup>º</sup> (408); para Lamarque - "la competencia del Jefe del Estado está limitada al tiempo de crisis" (409).

Otro grupo de autores piensan en sentido contrario, que cabe extender estas medidas más allá del fin de la situación. Para Camus, el fin de la puesta en vigor del art. 16 solo significa que "no se necesitan medidas nuevas" (410). Duverger, en igual sentido, opina que se pue-

---

(408) Hamon, O.c., pág. 666

(409) Lamarque, O.c.

(410) Camus, O.c., pág. 325.

den ,mantener aquellas decisiones que "sin esta prórroga perderían todo su sentido" (411). En idéntica postura, - Chevallier, Voisset y otros.

Lo que sí es preciso tener presente es que no= cabe, finalizado el estado de excepción, adoptar medidas nuevas.

#### 4.4.3.) Control del estado de excepción

El acto declaratorio del estado de excepción= puede ser calificado como un acto político (412); no así=

---

(411) Duverger, "L'article 16 et ses limites" "Le Monde", de 5 de mayo de 1961.

(412) El acto político pone sobre la mesa uno de los graves problemas de la Teoría general del Derecho. Su= pretensión última es excluir dichos actos de la revisión jurisdiccional. R. Capitant plantea así la - dificultad: "La doctrina no cesa de denunciar el carácter arbitrario de una jurisprudencia a la que acusa de proteger la razón de estado en detrimento - del principio de legalidad, del que la doctrina reclama una aplicación general y absoluta" ("De la na



---

ture des actes de gouvernement" Etudes juridiques a-  
ffertes a Leon Julliot de la Morandiere, Paris, Dallo  
1964, pág. 99).

La justificación de esta postura ha experimenta-  
do históricamente dos tipos de motivaciones: a) teoría  
del móvil, en virtud de la cual un acto se califica de  
político cuando su fin es de orden político. Este plan-  
teamiento ha sido abandonado totalmente, así Duguit: -  
"De una manera general la idea del fin debe permanecer  
completamente ajena a la determinación jurídica de las  
funciones del Estado y de los actos derivados de las -  
mismas" (Manual de Derecho constitucional, t. I. Fco.  
Beltrán, Madrid, 1921, pág. 107); García de Enterría -  
"se observa, enseguida, como era elemental que estos m-  
viles políticos (...) pueden aplicarse a cualquier ac-  
to y, por lo siguiente, aparte la dificultad de precis-  
en cada caso el motivo último del acto, puede llegar -  
prácticamente a la eliminación de la mayor parte del -  
Derecho administrativo de la posibilidad de su fiscali-  
zación jurisdiccional" ("La lucha contra las inmunida-  
des del poder", pág. 57); parte Capitant (O.c. pág. 10  
"la teoría del móvil supone la reaparición efectiva de  
la razón de estado"; b) teoría de la naturaleza del ac

---

así en la concepción francesa son actos de ejecución - directa e inmediata de la Constitución, en Italia se - entienden como tales los actos causados por supremas - consideraciones de los intereses generales del Estado su unidad (J.L. Carro "La doctrina del acto político" RAP nº 53 pág. 73 y sigs.) Sánchez Agesta se suma a - este planteamiento estableciendo una catálogo de categorías de acto político; a) todos los actos constituyentes que declaran, completan o modifican el orden - jurídico fundamental; b) todos los que tienden a desenvolver el orden fundamental; c) los que tienden a defender el orden; d) todos aquellos que solo pueden estimarse desde la totalidad del orden, desde los principios que lo informan; e) todos aquellos cuya libertad jurídica se refiera al contenido, a la causa o motivos al fin o al tiempo de su ejecución y sólo pueden estimarse desde los fines o principios del orden constitucional ("concepto jurídico de acto político", Homenaje a Pérez Serrano, T. II,; pág. 183 y sigs.

¿Cuáles son estos actos que podemos calificar - como políticos?. La doctrina francesa ha elaborado dos tipos de actos: a) los que regulan las relaciones internacionales; b) los actos de relación interconstitucional de los órganos supremos del Estado; Capitán a

---

su vez los divide en: 1) actos desarrollados por el Gobierno (lógicamente hay que incluir al Jefe del Estado) en sus relaciones con el Parlamento y 2) decreto de gracia.

La misma doctrina francesa parece no estar conforme en admitir la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos Eisenmann, Capitant, Villary, -- Duez, Vedel, Rivero...) encaminada a justificar la exclusión jurisdiccional de los actos de gobierno. La negativa tal vez es más aparente que real. Eisenmann ("Gerichts-freie Hobeitsake im heutigen französischen Recht" en "Jahrbuch des Oeffentlichen rechts der Gegenwart", 2, 1953, pág. 1 y sigs...) Y Virally (L'introuvable acte de gouvernement " RDP, 1952, pág. 317 y sig Por ejemplo, añaden que achacar a la jurisprudencia de proteger la existencia del acto político al inhibirse de su conocimiento es un "falso problema": los actos de gobierno son actos administrativos solo que sometidos a un régimen jurisdiccional diferente (ante las -- jurisdicciones internacionales o ante la justicia constitucional).

No son actos administrativos, en sentido estricto porque no son acordados en vista de asegurar la ejecución de la ley. García de Enterría resume así este --- planteamiento: "estos actos no proceden, con toda cla-

---

ridad, de la Administración como persona. Las relaciones internacionales las cumple, no la Administración -- sino la persona internacional del Estado, el Estado -- entendido como personalidad jurídica (...) desde el Ordenamiento jurídico internacional. Y a su vez las relaciones con el Parlamento tampoco las cumple la Administración en cuanto que cumplen otras funciones constitucionales además de las propias de los órganos de la Administración" (O.c. pág. 59). Como el propio Capitant= hace notar, gobernar sobre todo en un regimen parlamen-tario consiste precisamente en dirigir la actividad legislativa del Parlamento. El decreto de gracia es, par el mismo autor, un acto de soberanía que no tiene por qué ser motivado. En consecuencia, se trata de actos -- que no pueden ser justificados ante la jurisdicción co-tenciosa, pero que no por ello quedan libres de cualquier tipo de control jurisdiccional.

En otros países (Austria, Alemania, Italia...) la eliminación de la categoría tradicional del acto de gobierno se ha realizado a través de la denominada "cláusula general de competencia de los Tribunales".

El art. 2 b) de la Ley de Jurisdicción de 1956 -- define el tema en los siguientes términos: "cuestiones que se suscitan en relación con los actos políticos --

---

del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando de organización militar". Esta enumeración se atiende como "numerus clausus", en un afán de restringir el alcance de dichos actos y se exige que los actos sean del Gobierno en pleno.

¿Cuál es la naturaleza de la declaración del estado de excepción?. Podemos hablar de una situación de práctica unanimidad en considerarlo como un acto político. Así Serra Piñar, Sánchez Agesta, Trujillo Quintana y Bolea, Guaita, García de Enterría, por citar solo autores españoles, si bien la irrecurribilidad en vía contenciosa no procede, en el caso español y como hacen notar alguno de estos autores, de su naturaleza material del acto político, sino de su declaración a través de Decreto-ley, equivalente a ley formal (art. 1 LJCA) y como tal excluido). Esta unanimidad no alcanza a las medidas concretas, a pesar de que en este sentido, como en otros, la Jurisprudencia española ha sido vacilante.

las medidas individualizadas que se adopten. Frente a - estas medidas deben quedar siempre abierto el cauce jurisdiccional ordinario. Por este carácter del acto declaratorio, materialmente político, el control sobre el mismo va a ser más bien político (por el tipo de consideraciones y por los órganos de ejercicio) que jurídico, sin que este segundo carácter desaparezca totalmente. Tal vez por ello Camus prefiere hablar de "control democrático".

El control, en vía jurisdiccional, se va a desarrollar tanto directamente a través de los órganos de la jurisdicción constitucional, como indirectamente a través de la jurisdicción ordinaria al apreciar las medidas represivas concretas.

Tal vez, sin embargo, el control mas eficaz se desarrollará a través del Parlamento, sobre todo en aquellas situaciones en que la Justicia constitucional, penal o contenciosa- se ven implicadas, por su organización y funcionamiento, en los intereses del grupo en el poder. Este control parlamentario tendrá un alto valor de guardián de la Constitución, tanto cuidando de que el estado de excepción sea efectivamente "excepcional", cuanto controlando los poderes legislativos del titular de los poderes de excepción. Las propias características del control parlamentario, de modo fundamental su publicidad, pueden permitir un debate sobre política general y sobre las condiciones que han dado lugar a la situación.

El elemento decisivo dentro de este control -- lo constituye el carácter decisoria que la actividad -- parlamentaria debe tener ante la situación. No basta una mera consulta o un aviso de su declaración, es preciso -- que o el propio parlamento así lo decida o que la continuidad del estado de excepción, declarada por el Gobierno, quede sometida a su aprobación. Si el control no existe en este punto, es inútil hablar de las posibilidades -- que ofrece el Parlamento. Y, a su vez, sería inútil esta posibilidad si no existe una cláusula que garantice la -- reunión de pleno derecho del Parlamento y la imposibilidad de disolverlo.

#### 4.4.4.- El caso español:

Según el art. 35 del Fuero de los españoles, -- "la vigencia de los artículos doce, trece, catorce, quince, dieciseis y dieciocho podrá ser suspendida temporal-- mente por el Gobierno total o parcialmente mediante Decreto-ley, que taxativamente determine el alcance y duración de la medida". El capítulo III de la Ley de orden público de 30 de julio de 1959 completa estos aspectos a que se refiere dicha declaración. Desde este punto de vista el estado de excepción ofrece los siguientes aspectos:

4.4.4.1.- Planteamiento general

a) la declaración se hace por Decreto-ley del Gobierno, que es quien aprecia la gravedad de la situación (art. 35 FE y arts. 25-27 LOP).

b) La suspensión de garantías puede - alcanzar a todas o sólo algunas de las previstas en el art. 35 FE (413), a todo o parte del territorio nacional, puede entrar en vigor de una sola vez o progresivamente - según lo exija las circunstancias.

c) Las condiciones de hecho son las -- generales: alteración del orden público resultando insuficientes las facultades ordinarias. Junto a esta alteración cabe también la declaración "cuando la magnitud de -

---

(413) Pueden ser suspendidas: libertad de expresión (art. 12 FE) secreto de correspondencia (art. 13 FE); libertad e inviolabilidad de domicilio (Arts. 14 y -- 15 FE); libertad de asociación y reunión (art. 16 - FE); "habeas corpus" (art. 18). La libertad de domi cilio, sin embargo, es ampliada a la libertad de -- circulación (art. 28 LOP). Pueden ser exigidas pres taciones a las que no se está obligado en tiempo -- normal (art. 32 e) LOP). Hay un endurecimiento de - las sanciones (art. 34 LOP) y se dictan disposicio- nes especiales para extranjeros (art. 31 LOP).



una catástrofe, calamidad o desgracia pública así lo aconsejare" (art. 25,1 LOP).

d) El art. 26,2 LOP parece dar a entender que la declaración tiene un límite temporal: tres meses. El art. 35 FE calla sobre este límite, la única garantía que regula es que el decreto-ley "determine taxativamente la duración de la medida". Así puede ocurrir que la declaración sea por un período mayor con la simple obligación de "dar aviso a las Cortes" cada tres meses de las razones que aconsejan prolongar la medida.

e) Desde el punto de vista del control de la declaración, se suprime el trámite de urgencia del art. 10,3 -- LRJAE (414). El control posterior de las Cortes tanto en=

---

(414) "Es la competencia del Consejo de Ministros...3.-

Proponer al Jefe del Estado la sanción de decretos-  
leyes en caso de guerra o por razones de urgencia.=  
Esta serápreciada por el Jefe del Estado, oida la  
comisión a que hace referencia el art. 12 LC".

lo que se refiere al decreto-ley de declaración o de prórroga como al resto de los dictados en estado de excepción (art. 26,1 LOP) se limita a darse por enterados, en base a la obligación del Gobierno de dar cuenta inmediatamente de los mismos (415).

En principio el sistema español de declaración del estado de excepción a través de Decreto-ley del Gobierno no es criticable. La rapidez de las medidas a adoptar en una situación tal aconsejan en este sentido, frente a la lentitud típica de la actuación legislativa. La falta de garantías opera a partir de este momento: en la inexistencia de un control parlamentario. Esta posibilidad, en el caso español, cabe únicamente a través de interpelaciones, ruegos y preguntas, pero incluso en estos casos cabe no responder alegando razones de Estado (art. 75 Reg. de las Cortes) o de que la contestación a los ruegos y preguntas o no se produzca o no se publique en el "Boletín oficial de las Cortes" por considerarse de "carácter reservado" (art. 76,2 Reg. de las Cortes) ---

---

(415) Gonzalez Perez afirma que "estamos ante una condición cuyo incumplimiento y consiguiente infracción de las normas constitucionales constituiría materia de contrafuero" (Comentarios a la Ley de Orden Público, pág. 305).

(416).

Esta falta de control puede llegar a implantar una auténtica situación de dictadura del Ejecutivo si pensamos que este puede dar carácter de normalidad a una situación excepcional. Es suficiente que comunique a las Cortes, cada tres meses, las razones de la medida; o incluso en una interpretación más literal y favorecedora de los intereses del grupo en el poder, el requisito del art 26 LOP unicamente se exigiría para la prórroga, quedando limitada dicha intervención al momento del cumplimiento del plazo señalado en el Decreto-ley. A su finalización puede producirse una nueva comunicación y así sucesivamente.

La espada de Damocles que supone esta situación va a pesar, y pesar, sobre todo el sistema de libertades públicas. Si quien domina el estado de excepción, domina al Estado, quien así lo domina, lo domina totalmente.

El art. 35 FE estipula el número de garantías

---

(416) Siempre existiría el precedente legal de considerar la "seguridad interior" como uno de los actos políticos recogidos en el art. 2 LJCA= Solo cabría poner en marcha el r curso de contrafuero a partir de la Comisión permanente.

y libertades que pueden ser suprimidas. Este sistema típicamente español, debe ser mantenido a pesar de todas las opiniones contrarias. Estas se basan en la idea de que más allá de cualquier limitación legal el titular de poderes extraordinarios debe poder hacer uso de todo tipo de medios. En su apoyo señala Camus la ausencia de lógica de una Constitución que tolerara suspender algunas de las garantías más fundamentales (si es que puede establecerse una jerarquía a este respecto) y, en cambio, impidiera -- suspender otras de inferior relevancia. La objeción puede tener sentido pero es preciso detenerse en el caso español

En un afán de limitar el alcance de estas situaciones excepcionales, es necesario mantener la inviolabilidad absoluta de los límites del art. 35 del Fuero.

El sistema español de poderes excepcionales recoge tres situaciones o tres tipos de respuestas diferentes: a) estado de excepción; b) estado de guerra; c) poderes extraordinarios del Jefe del Estado. Mientras los dos primeros casos señalan suficientes datos legales para poder interpretar su ámbito, no ocurre lo mismo con los 9 poderes del Jefe del Estado.

El estado de guerra es declarado también por el Gobierno mediante Decreto-ley, pero las competencias en cuanto al mantenimiento del orden público son transferi-

das a la Autoridad militar. Tal estado supone una agravación con relación al estado de excepción en el siguiente sentido: a) hay una atenuación de las garantías jurisdiccionales (art. 39.3.b LOP); b) las medidas no son tasadas, "la autoridad militar podrá hacer uso de las mismas facultades que se conceden a la civil en los capítulos anteriores, de las demás que esta ley autoriza y de cuantas medidas sean necesarias para restablecer el orden o requiera la seguridad interior del Estado" (art. 40 LOP). Esta agravación de la respuesta es consecuencia de las propias condiciones de hecho que lo motivan: insuficiencia de las medidas del estado de excepción para restablecer la normalidad o que se produzca una súbita y violenta insurrección

¿Existe alguna limitación en lo tocante al estado de guerra?. Hay que distinguir entre la guerra, para cuya declaración el Jefe del Estado necesita de ley acuerdo o autorización de las Cortes (art. 9 HOE) y el estado de guerra que supone una alteración del orden público más grave que la que motiva el estado de excepción, pero que es declarado mediante Decreto-ley. Aunque el art. 36 LOP no hace ninguna referencia a las garantías que pueden ser suspendidas, es preciso entender que continúa imperando el límite del art. 35 FE, que regula las competencias del Gobierno en esta materia.

En cuanto a los poderes excepcionales del Jefe=

del Estado y la absoluta discrecionalidad con que se recogen -la limitación fundamental puede proceder del referendo- hacen suponer una agravación tal de las circunstancias que haría inútil todas las previsiones de la Ley de orden público. Dada la inseguridad que para la libertad suponen estos poderes, su entrada en vigor debe ser interpretada con carácter absolutamente restrictivo: solo sabe hacer uso de tales poderes cuando las previsiones del Estado de excepción y de guerra fueran insuficientes. En este caso el recurso de contrafuero es más un deseo - que una realidad: estará llamado a resolver la misma persona a que dictó el acto. El único control efectivo podrá operar a partir de la negativa al referendo.

Los tres tipos de medidas aparecen así graduadas y sobre esta gradación -proporcionalidad de las medidas a las circunstancias- debe ejercerse el control y - en base a la misma debe mantenerse la idea de que las medidas del estado de excepción son tasadas. Si fueran insuficientes, es preciso hacer uso de cualquiera de las otras dos posibilidades legales que ofrecen las leyes. La tasación de las medidas es la única garantía que la ley recoge y como tal debe ser defendida (417).

---

(417) Si bien, como hemos visto la ley de orden público - de 1959 ha producido una ampliación de las mismas.

#### 4.4.4.2.- Control del estado de excepción:

Aunque las posibilidades de un control - son mínimas es preciso señalarlas. Y son mínimas porque descansan más en la conciencia democrática de los titulares del poder que en la cofianza que ofrecen las garantías legales.

##### 4.4.4.2.1.- Negativa de sanción por el Jefe del Estado

El Decreto-ley del Gobierno debe ser sancionado por el Jefe del Estado. Este a la vista de las circunstancias puede negarse a ello pudiendo llegar incluso, previo acuerdo favorable del Consejo del Reino (15, c) LOE; art. 17,2 LOCR), a la destitución del Presidente del Gobierno.

##### 4.4.4.2.2.- Control jurisdiccional

Esta posibilidad encierra en sí dos aspectos netamente diferenciados: el que hace referencia a la propia legalidad del estado de excepción y el que afecta a las medidas concretas. Aunque los órganos puedan ser diferentes en ambos casos el control va más allá de la mera constatación de si se ha dado o no el hecho. - Dada la discrecionalidad que reviste este tipo de medida el control se encamina a la verificación de los medios empleados, del procedimiento previsto anteriormente y de

la proporcionalidad de los medios a las circunstancias.

4.4.4.2.2.1.- Recurso de contrafuero:

El Decreto-ley que declara el estado de excepción es inmune a la jurisdicción ordinaria, tanto porque desde su perspectiva material puede ser considerado como un acto político como porque en el caso español, por su naturaleza formal está excluido de dicho control. Esta calificación no impide su sometimiento a otro tipo de jurisdicción, esto es queda abierto el procedimiento de control constitucional. Para ello, analizado dicho procedimiento, no existe ninguna dificultad. Estas surgen de las especiales condiciones de funcionamiento del recurso.

4.4.4.2.2.2.- Tribunales ordinarios:

Este control se basa en la apreciación de la legalidad de las medidas represivas individualizadas, habida cuenta de que este control versa no solo sobre si se ha producido o no el hecho, sino también sobre la proporcionalidad de la medida. Se trata de un control indirecto, pero tal vez el más eficaz por las garantías que ofrece para las libertades individuales.



El juicio que este control jurisdiccional merece se encuentra en razón directa a la independencia de los Tribunales. De cualquier otra manera la actuación de jueces y tribunales les convierte en meros ejecutores de los intereses represivos del grupo en el poder. Aun admitiendo las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional el juicio es negativo en sistema en que, como en el español, los Tribunales especiales -Tribunal de orden público y Jurisdicción militar se convierten en ordinarios para determinados actos de ejercicio de la libertad que desde la perspectiva del grupo en el poder son vistos como atentatorios contra la seguridad del Estado, y ello incluso en tiempos de normalidad constitucional.

El control jurisdiccional es válido, como garantía, únicamente en los sistemas en que la independencia de los Tribunales es defendida como la principal garantía ciudadana frente a los eventuales ataques de los titulares del Poder.

CAPITULO QUINTO: Limitaciones al ejercicio -  
de las sancionadoras de la-  
Administración.

Al pretender juridificar el Ejecutivo, someterle a normas previamente establecidas y precisar el alcance de las mismas, el intento debe ser afirmado aún con mayor fuerza cuando la actividad afecta al ejercicio de la función de policía, campo tradicional de los poderes discrecionales.

A través de limitaciones indeterminadas, la libertad va a quedar referida a las condiciones de hecho en que se desarrolla. La libertad puede quedar burlada tanto al no señalar límites a la función de policía, como señalándolos a través de conceptos jurídicos indeterminados, a la libre apreciación de los órbanos del Ejecutivo. Este es el riesgo gravísimo que plantea la tutela del orden público: que la libertad pueda quedar sometida a los intereses de los titulares del poder.

La crisis de la separación de poderes con la consiguiente ganancia del Ejecutivo traen consigo una nueva consecuencia: el esquema de limitación del poder desde el poder mismo (los tres poderes de la trilogía clásica limitándose mutuamente) es destruído y roto y en su destrucción caerá también el poder carismático -igualdad y seguridad- de la ley. En el marco de la crisis, la más eficaz garan-

tía frente a los excesos del Ejecutivo se va a encon-  
trar no en los controles interorgánicos o intraorgani-  
cos, sino en la propia responsabilidad del titular de -  
los poderes o del funcionario a la hora de interpretar -  
el alcance de la ley. No se trata de una renuncia fata-  
lista al poder de la Ley o de la revisión jurisdiccional.  
Se trata únicamente de insistir en algo que, al menos en  
el sistema español, es evidente. La conciencia democráti-  
ca se presenta así como un corrector a la supremacía del  
Ejecutivo que rompe, por la vía de hecho, la teoría su-  
premacía constitucional de la ley y el juez. Algo que por  
sí solo es insuficiente, pero que en determinadas circuns-  
tancias tal vez constituye la única esperanza con sentido

El control de la policía plantea dos cuestiones  
En primer lugar, toda intervención de policía y de modo -  
muy fundamental cualquier tipo de reglamentación, debe a-  
poyarse en una ley previa que así lo autorice. En segundo  
lugar, la apreciación de las circunstancias de hecho -al-  
teración del orden público-plaantea matices peculiares m\_  
cho más complejos, pero el problema es el mismo: si exis-  
ten criterios legislativos de interpretación de dichas -  
circunstancias de hecho. Es evidente que los hay. Por e-  
jemplo la tipificación de faltas y delitos del Código pe-  
nal, pero es preciso indagar si además de estos criterio  
encontramos otros que hagan referencia de modomucho más!  
concreto a la función de policía. Estos criterios son --

determinados principios generales del Derecho y el propio artículo 1 de la ley de Orden Público de 1959.

5.1.- El art. 1 de la ley de Orden público de 1959

"El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales reconocidos en las leyes, constituyen el fundamento del orden público". El art. 1 LOP no aporta un concepto sino una descripción del fundamento del orden público material, de la ausencia de desórdenes; y debe <sup>ser</sup> interpretado en este sentido. Cualquier acto humano que se pretende caracterizar como alterador del orden público debe haber producido una lesión de alguno de los bienes jurídicos que enumera el art. 1 LOP. Así mismo el art. 2 de la misma ley supone la interpretación auténtica del art. 1. Pero lo supone hasta cierta medida. La tipificación de dicho artículo queda sin valor, o puede quedar sin valor, por: a) por la cláusula de "numerus apertus" - del apartado i); y b) porque se habla de alterar o intentar perturbar, cometer o intentar cometer. Las restricciones que puede suponer el art. 2 de dicha ley se acrecienta si pensamos la defensa de aparatos ideológicos e institucionales que dicho artículo recoge:

- a) defensa del aparato ideológico e institucional:  
art. 2, b)
- b) defensa del modo de producción: art. 2,b) y 2,c)
- c) defensa del ejercicio del poder por sus titulares: art. 2, h) y 2, e) en su primera parte.
- d) defensa del ejercicio de los derechos, entendida como defensa de la tranquilidad ciudadana que, - sin embargo, acaba reducida a estas tres categorías anteriores. Así es clara la diferencia, a - estos efectos, de un homicidio común o de un tumulto ante un espectáculo público, de la violencia frente a las instituciones frente a la autoridad o de los tumultos resultantes de una manifestación política. Se protege la tranquilidad - ciudadana ante hechos que revisten una "especial" gravedad o por los motivos, o por los medios o -- por el lugar...
- e) Defensa de la salud: art. 2, g)
- f) Defensa jurídico de las plusvalías políticas adicionales: art.2, i): clausula de "numerus apertus"

## 5.2.- El principio de legalidad

Como señala Garrido Falla (418) el principio -

---

(418) "Los medios de policia y la teoría de las sanciones administrativas" RAP, nº 28; pág. 25.

de legalidad se asienta en tres reglas: a) sumisión de los actos (generales y singulares) de la Administración a la ley formal, que deriva de la estructura política de la separación de poderes; b) sujeción de los actos regla de los órganos administrativos inferiores a los de los superiores, que deriva de la estructura jerárquica de la Administración; c) sumisión de los actos administrativos singulares (cualquiera que sea el órgano que los dicte), a los actos-regla generales, que deriva de la estructura interna de unos y otros actos administrativos.

#### 5.2.1.- Sentido del término "legalidad"

Todo planteamiento que parta exclusiva-  
mente de las técnicas del Estado de Derecho (419), aún-  
siendo correcta puede quedar cofto, al hacer descansar-  
la garantía en un planteamiento meramente formal, técni-  
co-jurídico. Así la legislación de la Alemania nacional-  
socialista sometida al principio de legalidad, no es vá

---

(419) Bastaría recordar a este sentido la idea de Garcia de Enterría: "todo el succulento tema del Estado de Derecho se co vierte para los administrativistas e un conjunto de técnicas concretas y particulares"; "La lucha contra..." pág. 11.- Refiriéndose, en -

lida, sin embargo como garantía. La ley, significado y  
significante de la libertad y la seguridad liberales, se  
legitima por el respeto a la constitución, manifestación  
de la voluntad general democrática y como expresión de -  
un Parlamento representativo. Solo desde esta perspecti-  
va tiene sentido el principio de legalidad: "la idea téc-  
nica de la competencia legal" (García de Enterría) La le-  
galidad es un concepto más amplio que la ley, encierra -  
normas y principios que no son ley en sentido estricto y  
que incluso llegan a "legitimar" el uso del poder inclu-  
so llegan a "legitimar" el uso del poder político. El con-  
cepto amplio de legalidad se relaciona con la regla de -  
derecho de Duguit o con la concepción de Hauriou sobre -  
el Orden jurídico, "Bloque legal" más principios genera-  
les del Derecho. Esta idea es recogida también por todos  
los teóricos de la Administración y de modo muy especial  
en lo referente a los poderes discrecionales. Los juristas  
españoles de la Administración hablan del sometimiento del  
agente administrativo a los principios generales del Dere-  
cho. Los franceses junto al control de la legalidad estricta  
del acto, insisten en el control sobre los motivos...

---

concreto, al principio de legalidad añade, "parafrasean-  
do a Duguit con conceptos caros a la mentalidad adminis-  
trativa, que se trata de la conversión del hecho bruto  
del poder político en la idea técnica de la competencia  
legal". Ibidem, pag. 15.



La supremacía de la ley formal frente al resto de las manifestaciones del Derecho surge con la Revolución francesa amparada en una racionalidad= que se basa en la abstracción, impersonalidad... Se constituye así en arma a oponer al privilegio, que encontraba su amparo en la costumbre y tradición del Antiguo Régimen. La ley pretende, como instrumento técnico, el fin de los órdenes naturales de la situación pasada. Su prestigio descansa en este su sentido histórico. La evolución moderna de la ley, el control que sobre la misma ejerce el Ejecutivo -incluso en regímenes parlamentarios-, la tecnificación de su contenido -basta pensar en toda la legislación económica-... entre otras razones ya señaladas anteriormente acaban con el carisma revolucionario. La defensa de la legalidad desde posiciones formalistas, encarna un intento desesperado de salvar la legalidad como manifestación de la legitimidad. Pero es preciso salvar de nuevo los valores democráticos. La competencia legal es una garantía válida pero solo en el marco de la sociedad democrática. Y en este sentido el control de legalidad tiene un área principal de desenvolvimiento en el orden de la Administración pública.

5.2.2.- El principio de legalidad y la reglamentación de policía

No puede establecerse ninguna limita--

ción constitucional que no esté prevista por la propia Constitución. Establecida una situación de poderes excepcionales, la competencia de su titular deben haber sido asignadas previamente por ley formal. En términos generales es preciso afirmar la subordinación del reglamento de policía a la ley formal y la necesidad de su publicación para hacerlo oponible al administrado. La ley y el reglamento pueden establecer restricciones de modo preciso y concreto y/o señalando fines a cumplir y el poder de policía realiza la valoración del interés colectivo. El acto de policía se basa así en la ley y el reglamento, si bien en casos excepcionales, la policía utiliza procedimientos autónomos. Como observa Villar Palasí "las formas modernas de policía se traducen en un progresivo incremento de la autonomía de la norma policial y en una quiebra del principio de reserva excluida a la ley del momento de autoridad (420).

La exigencia de la ley previa que autorice o -

---

(420) Poder de policía y preciojusto, el problema de la tasa de mercado" RAP nº 16, pág. 43.

regule las restricciones de la libertad es una constante; el sentido de las leyes de orden público es legitimar la intervención administrativa en la libertad y el orden público. En esta materia el sometimiento a reglas es la mejor garantía del ciudadano frente a la discrecionalidad. Frente a posibles intereses contrapuestos de la Administración y de los ciudadanos, al principio de legalidad completado con la responsabilidad administrativa,= señala los límites de la actividad administrativa de policía y los hace efectivos.

5.2.3.- El principio de legalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

El orden público ha supuesto uno de los campos tradicionales de la discrecionalidad administrativa. En un afán de excluirlo de la revisión jurisdiccional, - nuestra jurisprudencia llegó a configurar como acto político todas las actuaciones de policía.

El abuso de conceptos jurídicos indeterminados de que hace gala nuestra legislación encuentra sus razones precisamente en el interés del grupo en el poder - por encontrar zonas exentas a la intervención de jueces y Tribunales. Parece ocioso insistir en ello. De aquí - deriva un dato fundamental para conocer el alcance de -

nuestro sistema de libertades públicas. Al ser la Administración quien aprecia las condiciones de hecho de su ejercicio, su alcance queda reducido al marco que tolera la Administración. Las exclusiones a la revisión jurisdiccional tratan de reforzar aún más estas posibilidades.

5.2.3.1:- Carácter de los conceptos jurídicos indeterminados y garantías del administrado

A nivel dogmático pueden señalarse determinadas diferencias entre los conceptos jurídicos indeterminados y las facultades discrecionales. A diferencia de las potestades discrecionales en que la pluralidad de soluciones justas es su característica, los conceptos jurídicos indeterminados se presentan de la siguiente manera: - a) la ley no nos da la medida concreta y exacta para la aplicación de los mismos al caso en particular y b) que - a pesar de ello, la calificación a cada caso concreto no puede ser más que una: o hay alteración de orden público o no la hay (421). Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple no es un proceso volitivo (esto es, discrecional) sino de juicio. No hay, por tanto, ninguna dificultad a su fisca-

---

(421) García de Enterría O.c. pág. 32 y sigs.

lización. El control jurisdiccional (422) se convierte, de esta manera, en el más eficaz complemento del principio de legalidad, cuando la jurisdicción es efectivamente independiente.

A pesar de lo dicho, los conceptos jurídicos - indeterminados al conceder un "margen de apreciación", - desde la perspectiva del principio de legalidad rompen - la tipicidad de las faltas administrativas, rompen una de las garantías más elementales del ciudadano y del administrado. Afirmar que ante una alteración de orden público = la calificación no puede ser más que una, implica desde la perspectiva del tratamiento administrativo un avance = indudable y una garantía, pero sigue en pie la cuestión = de determinar cual debe ser la "única" solución. Ese margen de apreciación no surge únicamente de la dificultad = de determinar las condiciones de hecho; el margen de apreciación es el resultado de muy concretos planteamientos ideológicos. Es evidente que entre la unidad de solución de un tipo penal y la unidad de solución de un concepto jurídico indeterminado hay una gran diferencia: la = de las garantías que ofrecen. Y la diferencia es cualitativa. El tipo penal castiga siempre la misma conducta, -

---

(422) tanto a través de los tribunales de la justicia - ordinaria, como por los tribunales constitucionales

• pensemos la rebelión o la sedición como delitos típicos contra el orden público. En el caso extremo de una situación de ruptura constitucional violenta, obviamente van a cabiar las personas de los posibles sediciosos o rebeldes, pero la conducta es la misma con independencia de cualquier consideración de régimen político. En cambio la regulación a partir de conceptos jurídicos indeterminados se plantea en términos diversos: una misma conducta - v. gr. asociarse a un partido político, defender la libertad sindical... (lo mismo podemos decir en el campo de la moral...) puede ser falta o no serlo. El margen de apreciación supone un salto cualitativo, no meramente cuantitati

Esta es la diferencia entre los tipos de actos contrarios al orden público que recoge el art. 2 LOP y== la cláusula abierta del apartado i) de dicho artículo o= las limitaciones indeterminadas al ejercicio de la libertad de Prensa, y valga por vía de ejemplo. Los conceptos jurídicos indeterminados tratandde hacer omnipresente la ideología dominante incluso allí donde ésta no ha previsto su defensa de modo concreto y preciso. Las técnicas - del Estado de Derecho no pueden olvidar este aspecto si no queremos confundir Estado de Derecho y Democracia. - Tal vez por ello Camus prefiere hablar de defensa del - Estado democrático antes que de defensa del Orden público.

Desde una perspectiva del Derecho en su tota-

lidad, en su unidad, como la fuerza nacionalizada del - Estado y no desde sus distintas ramas, la cuestión no ha quedado solventada. Resta el análisis del control de la= decisión en base a la apreciación de un concepto jurídico indeterminado y este control, es justo señalarlo así, no= es meramente jurídico, sino también político. "as posibi= lidades que estas facultades conceden, esto es la inter= pretación de "qué" sea una alteración de orden público, - varían con los distintos titulares de los poderes -recor= demos, de nuevo, como dato revelador que la ley de Orden= público de 1933 está en vigor hasta julio de 1959-, y ello porque las leyes de orden público acaban convirtiéndose en instrumentos de defensa de los intereses del grupo en el . poder.

La existencia y vigencia del principio de lega= lidad es inoperante sin un control jurisdiccional realiza= do por tribunales y jueces independientes; y ambos care= cen de sentido si frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos no actúa un sistema efectivo de responsabilidad administrativa. Si en esta materia se ope= ra a través de la reglamentación y la coacción, la presun= ción de legalidad de los actos administrativos no acompa= ñada de dichas tres garantías puede convertirse en el más odioso sistema de utilización de la fuerza y el miedo.

5.2.3.2.- Las potestades sancionadoras de la Administración.

El control debe y puede versar sobre el fondo y el procedimiento, y habida cuenta de las modalidades de la función de policía: observancia-conservación, prevención y represión (423) el control versará muy especialmente sobre el fin de que se pretende cumplir.

---

(423) Ello no significa que la Administración no utilice la coacción en sus actividades de observación y prevención, pero es una coacción de alcance diferente; "La coacción administrativa no debe confundirse con la potestad que la Administración tiene de imponer sanciones. Si bien es cierto que puede recurrirse a la vía coactiva para que una sanción se cumpla, también es cierto que ésta constituye un medio de la policía administrativa de tratamiento independiente. La coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello; la sanción es un medio "represivo" que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido" Garrido Falla "Los medios de policía..." págs. 33-34. En idéntico sentido establece Martín Retortillo ("Las sanciones de Orden público", pág. 239 y --



Es necesario solventar una primera dificultad, la que hace referencia a la compatibilidad e incompatibilidad entre sanción administrativa y sanción penal. No se trata simplemente de establecer diferencias dogmáticas, y es preciso partir de las diferencias de las tareas a cumplir por los dos tipos de órganos y de las garantías que ambos ofrecen protegiendo la libertad.

Ranelletti (424) distingue así entre leyes de policía y leyes penales. Mientras las primeras suponen una tutela mediata del Derecho como cautela para evitar la posibilidad de ofensas al orden jurídico, las leyes penales ejercen una acción inmediata ante ofensas o lesiones directas a bienes jurídicos. En el primer caso se habla de infracciones, en el segundo de delitos. Así la ley de orden público aparece como un complemento de la ley penal.

En línea parecida Duez Debeyre (425). Para ello la policía judicial tiene por fin enfrentarse a las infra

---

((424) O.c. págs. 289-290

(425) O. c. "Traité de Droit Administratif", Dalloz, --  
Paris, 1952 pág, 505.

ciones penales, reunir pruebas y poner a los autores an  
te Tribunales represivos. La policía administrativa se re  
fiere, al contrario, al Derecho administrativo; no se re  
fiere al orden represivo sino al preventivo, esencialmente  
te trata de enfrentarse al desorden por medios preventivos.

Estos dos aspectos son conjugados en términos=  
generales por la doctrina española, aunque existe, al --  
tiempo, una opinión fuertemente generalizada contraria a  
la dualidad de sanciones, criticada por Manzanedo como --  
"uno de los aspectos más regresivos del régimen adminis-  
trativo" (426). La misma jurisprudencia española ha tra-  
tado el tema de acuerdo con aquellos dos puntos de partiti  
da en un contexto de independencia de jurisdicciones, con  
arreglo al cual son independientes el proceso administra-  
tivo sancionador y el proceso penal por lo que, indepen==  
dientemente de que un hecho constituya delito, puede constituir  
falta administrativa sancionable por la Administraci  
ción y dar lugar, en su caso, a recurso contencioso-administr

---

(426) "Curso de Derecho administrativo económico. Ensayo  
sistematizador", I.E.A.l., Madrid, 1970, pág. 642.  
Gran número de disposiciones administrativas seña==  
lan la compatibilidad: art. 18 de la ley de orden --  
público; art. 159 de la ley de Navegación aérea; art  
81 de la ley de montes; art. 105 de la ley general --  
del servicio militar; art. 4 del reglamento de régi9  
men disciplinario de los funcionarios de la Adminis-

trativo (427). El riesgo fundamental radica en que se -  
rompe el principio "non bis in idem" y en que la sanción,  
como acto administrativo, es ejecutiva agravada en materia  
de sanciones de orden público que en el art. 23, 2 de la -  
Ley de orden público, según la redacción de 1971, dice:

"Respecto a los sancionados comprendidos en el apar-  
tado anterior (cuando de sus antecedentes resultase  
que el inculcado hubiese sido sancionado dos o más=  
veces por infracciones del orden público, o que por  
su conducta suponga una amenaza notoria para la con  
vivencia social), la autoridad gubernativa podrá, -  
motivándolo debidamente en su resolución, exigir, -  
tan pronto hayan sido notificados, la inmediata efec  
tividad de la sanción impuesta y, en su caso, de la=  
responsabilidad personal subsidiaria que corresponda=  
mientras no se haga efectiva la multa o se preste -  
caución suficiente, a juicio de aquella autoridad".

sin olvidar que la sanción, en este caso, puede ser agra-  
vada en un 50%, que la cuantía según el decreto-ley de 26  
de agosto de 1975 puede llegar hasta cinco millones de pes-  
tas (con lo que a tenor del art. 23, 1 pudiera tener un -  
tope de siete millones y medio) y que deberá hacerse efec  
tiva la sanción en papel de pagos del Estado (art. 20, --

---

tración civil del Estado...

(427) González Pérez, "Comentarios a la ley de orden pú-  
blico", pág. 208 y sigs.

LOP) (428).

La duplicidad de vías sancionadoras ha quedado recogida así por la Jurisprudencia. El núcleo de la sentencia de 31 de octubre de 1972, reconocida la razón de ser de la duplicidad de vías sancionadoras, es que el sistema sancionador administrativo exige las mismas garantías que el procedimiento penal-criminal:

"...derecho administrativo sancionador, llamado= también por muchos derecho penal administrativo, no sin falta de razón puesto que, a lo largo de la historia, se presenta todo un trasiego de infracciones del Derecho penal común al Derecho que acabamos de llamar penal administrativo, o viceversa, en razón de tratarse de figuras comprendidas en lo que se ha dado en llamar "delitos o faltas artificiales" o de creación política, enten-

c

(428) Para recurrir es suficiente el depósito del tercio de la multa, justificado por la Jurisprudencia como consecuencia de la ejemplaridad de la sanción y como requisito "sine qua non" para el recurso. La Jurisprudencia ha señalado repetidamente que la apreciación es competencia discrecional de la autoridad administrativa competente, pero que, al tiempo, es fiscalizable por los tribunales (T.S. 24 de febrero de 1971; T.S. 29 de abril de 1971; 3 de mayo de 1971; 19 de octubre de 1971; 6 de marzo de 1973.

dida ésta como política legislativa, lo que rebela la necesidad imperiosa de que existan unos principios generales, y un cuerpo de doctrina que cubra uno u otro campo, por darse en los dos unas mismas exigencias, como son, en el particular que aquí nos interesa, en sus distintas vertientes: órgano competente, procedimiento adecuado, defensa del inculpado, tipificación del hecho criminoso; ya que, si por un lado, el derecho sancionador representa la protección más enérgica de los bienes necesitados de una protección especial, por otro, este mismo rigor demanda, en contrapartida, las máximas garantías para el encausado, entre ellas, a más de las antes apuntadas, la que puede considerarse como idea básica de todo el derecho punitivo y sancionador: la que fundamenta el principio "indubio pro reo".

Con mayor rotundidad señalan la inexistencia de incompatibilidad (ante casos concretos de absolución por el Tribunal de orden público y por los mismos hechos por los que fueron sancionados administrativamente) las sentencias de 16 de febrero de 1966, 6 y 17 de octubre de 1967, 21 de noviembre de 1970 y 8 de enero de 1972, - porque, como señala esta última:

"responde a la variedad de supuestos fácticos y de su posible valoración así como de los elementos normativos integrantes de distinto tipo legal, conjugables en uno y otro ámbito e incluso de los objetivos inmediatos perseguibles".

Admitida la compatibilidad por la Jurisprudencia, es preciso significar los campos respectivos y sobre

todo evita el principio "non bis in idem", esto es, evitar que una misma conducta pueda ser penada dos veces a través de procedimientos diversos. Podemos señalar las siguientes líneas de interpretación:

- 1.- Los poderes sancionadores de la Administración quedan reservados a la actividad preventiva,= siempre que las conductas no contengan indicios racionales de ser delictivas. En cuyo caso deben conocer con exclusividad los Tribunales de lo penal.
- 2.- La Administración no solo no puede penar un delito -en base a un delito- mientras no se hay manifestado los Tribunales, sino que sus facultades represivas se encuentran siempre al servicio de los Tribunales de lo penal.
- 3.- Toda sanción administrativa debe tener abierta la vía de recurso contencioso-administrativo.
- 4.- La suspensión de la ejecución de oficio del acto sancionatorio debe ser decretada desde el momento en que una sanción es recurrida (429)=

---

(429) En base al principio de que la interpretación de las limitaciones de la libertad son restrictivas.= "A fortiori" si esta sanción puede llevar aparejada pena de privación de libertad, como es el caso=

como principio general. En caso contrario y reca<sup>ya</sup>yendo sentencia favorable al administrado es preciso agilizar un sistema eficaz de responsabilida<sup>des</sup> administrativas. Tanto haya habido mala fe como si no la hubiere, todo perjuicio causado al ad<sup>mi</sup>nistrado debe ser reparado en forma correcta a los intereses del administrado y en la medida del perjuicio causado.

5.2.3.3.- Fiscalización jurisdiccional de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados:

Esta debe versar en primer lugar sobre los motivos, esto es, sobre si se han dado o no determinados= elementos de hecho. Ciertos acontecimientos constituyen - su base legal y la validez del acto se justifica porque - sobrevengan determinadas circunstancias. El juez debe ejer<sup>cer</sup> su control sobre la existencia y realidad de los motivos invocados, v. gr.: ausencia o presencia de amenazas de perturbación. Para ello es preciso que dichos hechos hayan sido tipificados previamente y que los hechos estén, plena y totalmente probados (T.S. de 22 de mayo de 1957; 13= de diciembre de 1957; 28 de diciembre de 1959; 14 de noviem<sup>bre</sup> de 1960; 24 de enero de 1963; 10 de diciembre de 1964; 13 de mayo de 1970) de modo que, como igualmente ha recono<sup>cido</sup> la Jurisprudencia, debe aplicarse en caso de duda el principio "in dubio pro reo" (9 de enero de 1961; 13 de -

marzo de 1961; 8 de enero de 1972... entre otras). En esta materia no podemos olvidar que las circunstancias hacen legales medidas que, en otra situación, no lo serían. El problema se agudiza por la cláusula de "numerus apertus" del art. 2 i) de la ley de orden público: "son actos contrarios al orden público... los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social". El riesgo lo ha percibido la propia Jurisprudencia que en sentencia de 27 de noviembre de 1968 señala:

"conforme al cual son actos contra el mismo, los que de cualquier otro modo a los previstos en los apartados anteriores de dicho artículo, faltaren a lo dispuesto en la referida ley o alterasen la paz pública o la convivencia social, que por su especial naturaleza debe rechazarse toda interpretación extensiva o análoga, de tal modo que aleje toda posibilidad de sancionar supuestos distintos de los que el mismo contempla, en relación a los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de legalidad de la pena".

Igualmente la sentencia de 23 de septiembre de 1973.

En segundo lugar el control debe realizarse sobre la medida en cuanto tal. Es aquí donde encontramos el "margen de apreciación", pero como señala P. Bernard



"una medida de policía no es legal más que si es oportuna, proporcionada y necesaria".

En último lugar el control versa sobre el fin, esto es, debe ser un fin de interés general.

Desaparecida la tipicidad, o al menos atenuada (430) desde un planteamiento rigorista y, en la misma medida, atenuada la vigencia del principio de legalidad es preciso recurrir a otros criterios, aunque este recurso= tenga el carácter de última posibilidad. Y esta afirmación debe ser contenida en su estricta literalidad. Estos criterios se desarrollan a partir de determinados principios generales del Derecho que coexisten con el propio principio de legalidad y son relevantes a la hora de ejercer un control sobre el acto. La existencia y necesidad de un control a partir de dichos principios no es exclusiva de los casos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados aunque aquí gocen de una especial relevancia con vistas -

---

(430) De todas maneras ¿por qué la tipicidad de los delitos y las faltas que tiene matices tan radicales - en Derecho penal - "nullum crimen, nulla poena sine lege"-, no los tiene en la regulación administrativa?.

a determinar la única solución justa. Su función se extiende al análisis de las condiciones de hecho que motivan una determinada medida de policía y por ello hay que reseñar también su vigencia en materia de poderes discrecionales: en este caso las soluciones justas pueden ser varias, pero no todas son proporcionadas ni garantizan la igualdad. El control democrático no versa solo sobre la legalidad, en sentido estricto, de la medida, sino también sobre los motivos alegados, lo que permite apreciar su adecuación a circunstancias de tiempo y lugar y a la perturbación que se trata de evitar.

Como señala García de Enterría, "el control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética... Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluído ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Admi-

nistrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible" (431)

5.3.- Principio de defensa de la libertad:

"El Estado español proclama como principio= rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana..." (art. 1 FE).

---

(431) García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades..." págs. 44 y sigs.; del mismo autor "La interdicción de la arbitrariedad" RAP, nº 30; González Pérez, "Comentarios..." págs. 39 y sigs.; S. - Romano "Principii di Diritto Costituzionale Generale", 2ª ed. Milan, 1947; Hamson "Pouvoir discretio- nnaire et controle juridictionnel de l'Administra- tion. Considerations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux" LGDJ, Paris, 1958; Jeze "Les prin- cipes généraux du Droit administratif", 3ª ed. Pa- ris LGDJ, 1964; Rivero "Le juge administratif fran- cais: un juge qui gouverne?", D. 1951 chr. pag. 21. Jeanneau "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative" Poitier 1954.

La libertad es la regla, la limitación de policía la excepción. De aquí deben derivar varias consecuencias que han de ser tenidas en cuenta a la hora de actuar un control sobre las medidas de policía, tanto - si este control se desarrolla a través del recurso de - contrafuero como si el control se realiza a través del juez ordinario. Al mismo tiempo es preciso tener en cuenta, como ha señalado repetidamente el Consejo francés, - que no todas las libertades se mueven en el mismo orden - y, por tanto, no todas deben ser limitadas de la misma - manera.

M. Dran ha elaborado el siguiente cuadro, sobre el alcance del principio de libertad (432):

	! Texto con ! sagrando- ! una liber ! tad.	! Texto limitan ! do expresamen ! te libertad	! Texto oscuro= ! y ofreciendo= ! varias posibi ! lidades de in ! terpretación.
Período normal	! Interpreta- ! ción amplia	! Interpretación ! estricta	! Interpretació ! favorable a l ! -libertad.
Período ex cepcional.	! Interpreta- ! ción estric ! ta.	! Interpreta- ! ción amplia	! Interpretaci ! favorable a ! limitar la l ! bertad.

que de nuevo nos hace volver al punto de partida. Si - la legalidad o ilegalidad de la medida es consecuencia de las circunstancias de hecho, el control revierte de nuevo el análisis de dichas circunstancias. Como señala Dran "en la práctica todos los esfuerzos de las autoridades administrativas tenderán a hacer avanzar, como medio de defensa y como justificación de las violaciones de la libertad que cometan, la existencia de circunstancias excepcionales. De esta suerte serán reconocidas como legales medidas que, en otro momento, habrían sido calificadas de ilegales o de vías de hecho. Si aquí no se puede hablar de ocaso de la vía de hecho, al menos de disminución de los casos de vía de hecho, es porque el juez administrativo no sólo no se considere tan capaz como el juez ordinario para defender los derechos y libertades y que no existe falta de aptitud por parte de la jurisdicción administrativa para garantizar eficazmente su ejercicio sino también y al mismo tiempo porque la Administración trata de escapar por los sesgos de las circunstancias excepcionales, a las consecuencias rigurosas

del reconocimiento de vías de hecho. He aquí una razón = nada despreciable de la regresión de los casos de vía de hecho jurídicamente reconocidos. Como se ha dicho la vía de hecho implica en su origen una forma de autocrítica = por parte de la Administración. Pero hace falta que aquella lo consienta y, desde este punto de vista el juez está muy mal armado para apreciar en su justo valor la noción de necesidad que constituye el fundamento y el límite de los poderes de la Administración".

Las dificultades que Dran señala en Francia, = en el tema concreto de las vías de hecho, se incrementan en el caso español dificultando una depurada defensa del principio de libertad y un incremento de las posibilidades judiciales de control. Basta repasar la regulación lagislativa de las libertades y del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, la escasa independencia del Legislativo y el escaso control parlamentario y judicial de las normas generales que proceden del Ejecutivo, los múltiples recursos de que éste dispone para == "legalizar" sus medidas o rehuir al control, sus "excepcionales" poderes ordinarios, la falta de independencia = de los Tribunales, al menos en lo que supone mérma de las garantías del procesado... y todo ello a pesar de la solemnidad del art. 1 del Fuero de los Españoles. Así la impresión sobre la vigencia del principio es pesimista; aunque la Jurisprudencia, por caminos indirectos como los == principios "in dubio pro reo" o favorabilia sunt amplian-da"... , ha ido reconociendo su alcance.

Son escasas las referencias directas al principio y, en general, relacionadas casi siempre con el principio de proporcionalidad. Entre otras sentencias de nuestro Tribunal Supremo podemos recoger la de 29 de marzo de 1965.

"un acuerdo municipal viola el llamado principio de proporcionalidad que ha de presidir la actividad de policía... cuando el Ayuntamiento puede optar por el empleo de una medida policial menos restrictiva para la libertad e interés de los administrados".

En el mismo sentido, entre otras, las sentencias de 8 de mayo de 1965 y 29 de abril de 1970, esta última señala que "la autoridad administrativa está obligada a elegir el medio menos restrictivo de la libertad individual.

#### 5.4.- Principio de proporcionalidad

Se encuentra intimamente relacionado con el anterior, la propia Jurisprudencia española, como hemos visto en la sentencia anteriormente citada de 29 de marzo de 1965 y en otras, les da un tratamiento conjunto.

La proporcionalidad hace referencia al margen de apreciación y elección de medios de que goza la Administración a la hora de establecer una determinada medida. Esta proporcionalidad debe tener presente las características de la persona, el tiempo y el lugar, la naturaleza de la -

medida, la perturbación que causa... La proporcionalidad hace descansar la justicia de la medida en la responsabilidad administrativa -tanto si estos datos de hecho son tenidos en cuenta por la norma como si no ocurre así-, - aunque en determinadas circunstancias sea imposible ejercer un control, pero como señala Braibant "estas inhibiciones del órgano de control no impiden sopesar elementos perfectamente subjetivos, censurar la mala fe, los móviles extraños al objeto para el que se han conferido poderes a la Administración, o de la misma manera sobre el carácter no razonable de la medida" (433).

El principio de proporcionalidad tiene especialmente su campo en materia de poderes discrecionales: entre varias soluciones justas posibles debe elegirse aquella, y solo aquella, que mejor se adapte a las circunstancias. La doctrina francesa (434), en esta materia, dis

---

(433) Braibant y otros "Le controle de l'Administration - et la protection des citoyens", pag. 211-2; Igualmente M. Dran O.c. pág. 325.

(434) Braibant, O.c. pág. 212 y sigs.



tingue habitualmente dos conceptos, complementarios ambos del principio de proporcionalidad: el de la oportunidad cuando la decisión a tomar no está sometida a ninguna condición jurídica y el poder discrecional, sometido a condiciones jurídicas, pero no predeterminado a ninguna solución. La doctrina anglosajona engloba ambos conceptos en la idea de que la Administración debe obrar según su "discreción". La proporcionalidad se convierte así en una regla eficaz del principio de igualdad y de la propia función de conservación del orden atribuida a la policía: una medida desproporcionada puede turbar, y frecuentemente turba, el orden al romper el equilibrio de la libertad, - en mayor medida que los actos ciudadanos perturbadores de la paz.

Burdeau resume dicho principio en estas tres características de la medida: necesaria, eficaz y razonable. En este sentido señala: "si las libertades deben ser entendidas en función del orden, el orden a su vez no puede ser entendido más que a través de las libertades cuyo ejercicio asegura. Así resulta que no se sabrá apreciar una medida de policía teniendo en cuenta únicamente su utilidad para el fin; hace falta tener presente también el alcance de la molestia que causa a la libertad. El orden es un fin cuyos medios no son indiferentes. Ni los gobernantes, ni la Administración deben olvidar que aquel se -

obtiene con las libertades y que si exteriormente se caracteriza por este resultado material que es la seguridad y la tranquilidad jurídicamente se entiende en un equilibrio de libertades" (435).

M. Dran (436) ha elaborado el siguiente cuadro - que trata de conjugar, según el principio de proporcionalidad la incidencia de la gravedad de la amenaza sobre la legalidad de la medida que se le opone:

Valor jurídico de la libertad	Amenaza	grado de gravedad de la medida adoptada	legalidad o ilegalidad de la medida.
Libertad reconocida	lejana	ligeramente restrictiva	legal
		fuertemente restrictiva	ilegal
	seria	ligeramen. res.	legal
		fuertemen. res.	ilegal
	muy grave e inminente	ligeramen. res.	legal
		fuertemente res.	ilegal
Libertad reconocida y especialmente protegida.	lejana	ligeramen. res.	legal
		fuertemen. res.	ilegal
	seria	ligeramen. res.	legal
		fuertemen. res.	ilegal
	muy grave e inminente	ligeramen. res.	legal
		fuertemen. res.	ilegal

### 5.5.- Principio de igualdad

En situaciones iguales, deben ser iguales= las consecuencias del Derecho para todos, si bien como e exigencia de la misma igualdad y de la proporcionalidad - ante situaciones desiguales la repercusión debe ser desigual. Así la imposición progresiva no atenta a la igualdad sino que trata de potenciarla. La igualdad no es abstracta, sino concreta, habida cuenta de la situación de= cada cual en el seno de la sociedad (437). La igualdad - no puede romper el interés general. Frente a la situa--- ción que venimos señalando en que la igualdad, el interés general, el orden público... se utiliza para defender in-

---

(435) "Les libertés publiques", LGDJ, París, 1966, pág. 32

(436) M. Dran, O.c. pág. 324.

(437) Rivero "Action économique de l'Etat et évolution - administrative", Revue économique, 1962 pág. 890.

tereses de clase o grupo, se impone el interés de todos -  
(438).

f) Otros principios

Junto a los anteriormente señalados se habla de=

---

(438) Cfer. en este sentido las consecuencias que la aplicación del principio tiene en la jurisprudencia --- francesa, Dran, O.c., pág. 506 y sigs; Rivero, O.c. pág. 886 y sigs). El caso español ha sido estudiado por Entrena Cuesta, "El principio de igualdad ante la ley", RAP nº 37, pág. 63 y sigs; García de Enterría, "la interdicción de la arbitrariedad" RAP, -- nº 30... González Perez, en sus "comentarios..." -- págs. 33-34 trata la cuestión desde el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la unidad de criterio de la Administración a la hora de resolver situaciones iguales. Así una sentencia de 4 de mayo de 1965 afirma que "aunque no siempre un acto administrativo puede ser un precedente vinculante para el Tribunal, lo cierto es que la Administración debe, al dictar sus resoluciones en casos idénticos, mantener un criterio igual".

otros tales como el de respeto a la dignidad de la persona, el de la buena fe, el de respeto a los derechos "fundamentales" de las instituciones y las personas, "in dubio pro reo", "favorabilia sunt amplianda"...

**CAPITULO SEXTO: Orden público y Derecho penal**

La defensa del orden público desde la legalidad penal criminal y desde la legalidad administrativa - presenta, de modo dominante, la imagen de la defensa de la toma y mantenimiento en el poder. La relevancia y la incidencia de este aspecto se manifiesta en la tutela efectiva del campo de libertad reconocida por la ley y el campo de ejercicio del poder de dominación en peculiaridades relativas a las técnicas de defensa, a los órganos encargados de la misma y a las consecuencias jurídicas - que de aquí se derivan. La defensa de la toma y mantenimiento se realiza en la medida en que la conquista del poder permite la actuación de la fuerza ante el fracaso legitimador de la ideología. La defensa de la toma y mantenimiento no es defensa de la seguridad del Estado -aunque ideológicamente se trate de justificar de esta manera e incluso se diga que este es el bien jurídico defendido- sino fundamentalmente, insisto, defensa del ejercicio del poder por sus titulares. Esto no supone un punto de partida peyorativo sino la toma de conciencia de un fenómeno - real. Desde sus consecuencias, este dato debe suponer y concretarse en un reforzamiento de las garantías ciudadanas y en la exclusión de cualquier excepción o atenuación de las mismas, máxime cuando la defensa es asumida por -- los propios titulares del poder.

A pesar del carácter unitario de lo defendido, la actuación de los Tribunales de justicia y de los órganos del Poder Ejecutivo presenta unas peculiaridades generales que se centran en los órganos y procedimientos -Tribunales ordinarios y vía administrativa-; en las técnicas de aplicación del Derecho -si los Tribunales actúan con - la limitación del tipo, la exclusión de la analogía, el - actuar administrativo o de policía opera en el marco de - las prerrogativas del poder y, en muchos casos, en base - a conceptos jurídicos indeterminados como el propio concepto de orden público-; y en las consecuencias jurídicas -desde la pena criminal a la multa administrativa y la suspensión de garantías constitucionales. Las diferencias son evidentes y tal vez por ello y por el hecho de que el bien jurídico defendido es la toma mantenimiento del poder ha surgido una desconfianza histórica, comprobable siempre -- en épocas autoritarias, hacia la Jurisdicción y el procedimiento ordinario minando las garantías procesales o creando Tribunales y procedimientos especiales tendentes a garantizar la acción de los órganos de poder (439).

---

(439) Es distinto el caso de las situaciones excepcionales sobre este aspecto me remito al análisis de la función de policía y sus límites.



Desde su justificación ideológica como defensa= de la seguridad del Estado esta pide para sí, o al menos lleva implícita en la pretensión de su aceptación, la identificación Estado-sociedad civil: no se defiende una= concreta ideología política cuando se pena la propaganda ilegal, ni se defiende un "concreto" ejercicio del poder al penar la rebelión o la sedición... sino que se "pre= tende" defender los intereses de toda la sociedad civil. El carácter fetichista e ideológico del orden público a= parece de nuevo. El análisis del orden público debe plan= tearse así no de modo formal, ni desde la clasificación= de bienes jurídicos tutelados, sino desde el "quid pro= dest" legislativo.

En páginas anteriores, hemos señalado repetida= mente que ante la indeterminación y el carácter relativo del concepto de orden público, sometido a los avatares - de la conquista del poder, ante el dominio de la legali= dad ejercido por los órganos y los titulares del poder - -la ley traduce la voluntad del grupoque accede a los ór= ganos de poder- y ante el hecho indiscutible de que el or= den público es siempre el orden establecido por la ley - -algo de suma importancia si pensamos que el tipo penal= es la garantía máxima de la seguridad jurídica- el análi= sis real de su defensa es, en primer lugar, el análisis=

de la legalidad, Ley y orden público tienen la misma ex tensión al ser éste establecido desde la ley y en base a las plusvalías políticas adicionales de los titulares del poder. Ahora bien aceptar de modo exclusivo este pun to de partida sería caer de nuevo en la actitud critica da. El orden público ofrece una dimensión binaria funda mental para la comprensión de su defensa, una vez preci sada su dimensión ideológica ocultadora de la escisión - Estado-sociedad civil. Esta dimensión binaria se concre ta en el hecho de que el orden público señala el punto - de delimitación entre las zonas de libertad y de poder.= la defensa del orden público es de esta manera tanto de delimitación entre las zonas de libertad y de poder. La= defensa del orden público es de esta manera tanto la de fensa del campo de acción del poder -indeterminado siem pre por la incidencia de las plusvalías políticas adicio nales- como la defensa del campo de la libertad y si la= libertad sólo tiene sentido en su ejercicio, la defensa= de la libertad debe concretarse en un sistema válido de garantías frente al poder, sobre todo en aquellos casos= de la actividad ciudadana relacionados con la conquista= y el mantenimiento del poder. En este sentido las garan tías fundamentales vienen establecidas por la antijurici dad, la tipicidad y las garantías procesales.

### 6.1.- El bien jurídico protegido

En Derecho penal el concepto y el término orden público tiene un alcance específico por razón de las propias peculiaridades de la técnica penal y en este sentido no toda violación de la ley supone una violación del orden público penal, algo que también se observa en otras ramas del Derecho. Lo que se puede afirmar es que los delitos contra el orden público -como categoría específica de delitos- se inscriben en el capítulo de delitos contra el Estado, pero a partir de aquí el acuerdo se produce con dificultades, tanto entre los autores como en los propios códigos penales; bastaría para comprobarlo los distintos códigos penales españoles: ni todas las conductas se penan en todos los Códigos, ni cuando se penan, se penan de la misma manera. La propia relatividad del concepto influye de nuevo en un campo en que la precisión técnica tiene no sólo alcance formal sino también sustancial (440). Aún más, Rodríguez Devesa observa que la cla-

---

(440) Así "hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código" (art. 10,15 del Código penal).

sificación en delitos contra la seguridad interior y - delitos contra la seguridad exterior va perdiendo rango y se va abandonando pues los principales riesgos contra la seguridad exterior proceden de dentro y la mayoría de los riesgos contra la seguridad interior (revoluciones - internas) encuentran apoyos exteriores (441).

Por ello entendemos que el campo de los delitos contra el orden público es el campo de los delitos contra el Estado y asimismo el bien jurídico protegido es, directa o indirectamente, la toma y mantenimiento en el poder en el sentido en que hemos llegado a reconocer con M. Hauriou que la paz material es, en sí misma, un bien. Desde este punto de vista la tutela de la toma y mantenimiento=

---

(441) Claps Lienhart señala que la historia de los crímenes desarrolla tres etapas: a) fetichista, en la que todo atentado a los intereses generales de la tribu, a la religión... es objeto de una incriminación única castigada por la asamblea popular con el exilio o la muerte; b) despótica durante la cual todo atentado, directo o indirecto, a la persona -- del soberano, en el que se encarna la nación, se di

en el poder es la defensa penal del ejercicio de las --- plusvalías políticas adicionales que acompañan dicha toma y ejercicio. En un sentido amplio la defensa del orden público sería y es la defensa de la legalidad establecida, del orden establecido por la ley (toda violación desordena), sin embargo ese sentido más restringido -se adscribe en mejor medida a la tradición penalista. - De este modo la defensa del orden público se extiende a: a) defensa del propio Estado como persona jurídica (defensa de su existencia); b) defensa de las instituciones de poder; c) defensa del ejercicio del poder por sus titulares; y d) defensa de los propios titulares, todo ello en el marco reconocido en la Constitución y en las leyes.

"A sensu contrario" cualquier conducta de los titulares del poder que limitara arbitrariamente (en contra de ley o con abuso de poder) las libertades reconocidas

---

cen crimen de lesa-majestad; c) política, en el curso de la cual los crímenes de lesa majestad se convierten en crímenes contra la seguridad interior y exterior que Claps Lienhart califica de crímenes de lesa-gobierno y de lesa-nación.

das en la Constitución y en la ley supondrán una alteración del orden público. A este respecto y como criterio diferenciador es plenamente válido lo que señala Rodríguez Devesa, "Las vaguedades e imprecisiones congénitas a la expresión hallan sus límites en el Código penal allí donde la importancia del bien jurídico lesionado hace cobrar naturaleza independiente a la infracción con independencia del medio empleado. Delitos contra el orden público, en sentido riguroso, lo son únicamente aquellos en los que la alteración usada como medio para la consecución de otros fines tiene mayor relevancia que estos, o si se prefiere, utilizando la terminología de Carrara, aquellos en que la conmoción de los ánimos es un verdadero daño inmediato que absorbe por su importancia política el que se quisiera causar a un determinado individuo o familia. Cuando la conmoción que se deriva de un delito es accidental, es decir, no proviene de las circunstancias intrínsecas del hecho mismo, como sucede en muchos de los graves delitos contra la vida o la propiedad, v. gr.: en el robo con homicidio, o con la repetición de actos en sí leves, como frecuencia de pequeños hurtos, allí donde la perturbación del orden es mediata del delito por temor a su repetición, no se trata del orden público porque no permitiría individualizar un grupo

de delitos" (442). Obviamente este criterio diferencia--  
dor puede ser extendido a todas las alteraciones que se=

---

(442) Rodríguez Devesa, "Derecho penal español. Parte es=  
pecial", 5ª ed. Madrid, 1973, págs. 710-711. Este=  
autor traza la siguiente clasificación de los deli=  
tos contra el Estado basada en la del Código penal  
español de 1870: a) delitos contra la seguridad ex=  
terior; b) delitos contra la seguridad interior di=  
vididos en A) delitos contra la Constitución, que=  
a su vez abarcan 1) delitos contra los órganos e -  
instituciones fundamentales y b) delitos contra las  
libertades individuales; y B) delitos contra el or=  
den público, que incluye: rebelión, sedición, aten=  
tado, resistencia y desobediencia a funcionario pú=  
blico; desacatos, desórdenes pú blicos, propagandas=  
ilegales; tenencia y depósito de armas y municiones  
terrorismo, y tenencia de explosivos. Con esta cla=  
sificación "se pretende marcar la profunda cesura -  
que existe entre las figuras que acabamos de ver --  
(delitos contra la Constitución) y las restantes --  
del disforme y extenso título II del libro II. Los=  
delitos contra las instituciones políticas y los de=  
rechos fundamentales que integran la estructura bá=

## 6.2.- Tipicidad-antijuridicidad

Sin entrar en la discusión que ha originado entre los penalistas la precisión de antijuridicidad y la tipicidad, podemos decir con Rodríguez Devesa (443) que es antijurídico lo contrario a Derecho y como tal ==

---

sica del Estado tienen muy otro rango que las alteraciones que ocurren al nivel de la actividad de órganos de rango inferior y pugnan con principios no excluidos de un sistema político determinado, sino de toda comunidad política. De un lado se contraponen, - por tanto, la estática a la dinámica estatal; y, de otro, los principios políticos concretos y aquellas normas más generales, características de cualquier Estado, sea cual fuere el régimen que adopte y los derechos que en él se reconozcan a los ciudadanos. - Esta es la distancia que media entre el magnicidio - y un delito de atentado a la autoridad; entre la perturbación del orden en las Cortes españolas y el desorden producido en un espectáculo público"; Ibidem. pág. 709.

- (443) Seguimos en este aspecto a Rodríguez Devesa "Derecho penal español. Parte General", 4ª ed. Madrid, 1974, =



supone un dato objetivo que "entraña un juicio de valor= en virtud del cual se declara que la conducta no es aquella que el Derecho demanda" (444), en consecuencia y como dato objetivo es indiferente, en este planteamiento, para decidir sobre si una conducta es antijurídica o no lo que el sujeto se propusiera, cuáles fueran sus motivos y fi=nes así como sus condiciones personales.

La tipicidad, como garantía de la seguridad -jurídica y del principio de legalidad supone "una concreción previa una determinación previa legal de los casos= en los que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta, claro está la culpabilidad" (445). El tipo es así y siempre

---

pág. 335 y sigs. Para la discusión tipicidad y anti-juridicidad nos remitimos a esta obra y a E. Cuello=Calón, "Derecho penal". Ed. Bosch, T. I (parte general) 15ª ed. adaptada y puesta al día por C. Camargo, Barcelona, 1968, pág. 342 y sigs.

(444) Rodríguez Devesa, O. c., pág. 335.

(445) Ibidem, pág. 346.

pre un tipo legal, por ello y como señala Beling no puede hablarse de legalidad allí donde los tipos están formula-- dos con tal amplitud que trasladan la tarea de determinar= qué conductas son punibles al juez. El tipo se convierte a sí en el indicio fundamental de la antijuridicidad frente= a la cual cabe la prueba en contrario de la existencia de= causas de justificación (446). El tipo representa así, por un lado, la limitación del poder punitivo del Estado (fun= ción de garantía), y, por otro, la base del delito (función fundamentadora) (447).

Dejando a un lado el resto de problemas que plan= tea el tipo penal vamos a centrarnos en su función de garan

---

(446) Junto a este planteamiento causalista, la doctrina - finalista señala que el dolo entra también en la con= sideración del tipo mientras que para la tesis causa= lista el dolo o la culpa corresponde a la culpabili= dad. Sobre la problemática causalismo-finalismo, cfer. E. Gimbernat Ordeig, "El sistema del Derecho penal en= la actualidad", separata del Anuario de Ciencia jurídi= ca 1971-1972, págs. 265-288.

(447) R. Maurach, "Tratado de Derecho penal" (trad. españo= la de J. Córdoba Roda), Ed. Ariel, Barcelona, 1962 -- pág. 265.

tía, algo que goza aún de mayor trascendencia en este tipo de delitos y que se ha plasmado en la formula "nullum crimen, nulla poena sine lege". Este principio tiene el rango de una de las garantías políticas (448) fundamentales del individuo o como señala Cuello Calón una garantía humana que protege al individuo contra la arbitrariedad de los jueces, le asegura que no será castigado sino por los hechos que la ley haya definido de antemano como delito y que, en caso de delincuencia, no podrá ser penado sino con las penas y conforme a la medida previamente establecida en las leyes (449). Como tal garantía política, y no meramente técnica, no es privativa del Derecho penal criminal sino que ampara plenamente al ciudadano frente al resto de las manifestaciones sancionadoras. La garantía es absoluta, no admite ningún tipo de excepción y se concreta en a) "nullum crimen, nulla poena sine lege previa (prohibición de la

---

(448) En contra, Ortego Costales, "El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege proevia", exigencia jurídica y no garantía política" en Rev. de la -- Fac. de Derecho de Madrid, 1941, pág. 52.

(449) "Derecho penal", t. I (parte general), pág. 191.

retroactividad de nuevos delitos o penas más agravadas; b) nullum crimen, nulla poena sine lege scripta (prohibición del derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho penal); y c) nullum crimen, nulla poena sine lege stricta (prohibición de la analogía) (450). Junto a esta manifestación jurídico-material la función de garantía de la ley penal tiene también una manifestación jurídico-procesal, esto es que la función de garantía exige también que la conducta "tipificada" del culpable determinante de la pena conste no sólo como probable sino como segura.

Ahora bien, el "tipo" como garantía de la seguridad jurídica se encuentra sometido a tres limitaciones fundamentales: a) las que derivan del dominio sobre la legalidad por los titulares de la función legislativa; b) las derivadas de las propias limitaciones formales de la ley; c) en último lugar, por la existencia de regulaciones procesales que atribuyen la competencia en una misma materia a jurisdicciones diferentes, la deno-

---

(450) Maurach, O.c., pág. 100 y sigs. Tiene especial interés el nuevo planteamiento dado en Alemani al -- Principio de legalidad penal.

minada relación de alternatividad: un mismo hecho previsto en normas distintas y con penas distintas.

En cuanto a las limitaciones derivadas del dominio sobre la legalidad por los titulares de la función legislativa conviene recordar el planteamiento que hacíamos anteriormente: la ley es la voluntad de dichos titulares - que se manifiesta de doble manera a través de la ley formal (aprobada por el Parlamento) o como consecuencia del ejercicio de funciones legislativas por el poder Ejecutivo; este segundo caso plantea problemas más graves cuando lo - analizamos desde la perspectiva del Estado de Derecho.

El principio de legalidad está recogido en el - art. 19 del Fuero de los Españoles que declara que "nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito..." y en los arts. 1 y 23 del Código penal. Según el -- art. 1 del Código penal, "son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley"; el art. - 23 del mismo código señala que "no será castigado ningún - delito ni falta con pena que no se halle establecida por - ley anterior a su perpetración". Los problemas surgen al - tratar de delimitar el alcance del término "l<sup>e</sup>y", es decir, si debemos limitar su alcance a la ley aprobada por el Parlamento, o si su alcance debe extenderse también al Decreto-

ley (451).

---

(451) A este respecto el art. 603 del Código penal dice: -  
"En las ordenanzas municipales y demás reglamentos -  
generales o particulares de la Administración que se  
publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía  
y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se=  
establecerán penas mayores que las señaladas en este  
libro, aún cuando hayan de imponerse en virtud de a=  
tribuciones gubernativas, a no ser que se determina=  
re otra cosa por leyes especiales. Conforme a este -  
principio, las disposiciones de este libro no exclu=  
yen ni limitan las atribuciones que por las leyes mu  
nicipales o cualesquiera otras especiales, competen=  
a los funcionarios de la Administración para dictar=  
bandos de policía y buen gobierno y para corregir gu  
bernativamente las faltas en los casos en ue su re==  
presión les esté encomendada por las mismas leyes".=.  
Aunque este principio se encuentre recogido en el libro  
III (faltas) a fortiori debe extenderse al libro II=  
(delitos) por su mayor gravedad. Igualmente los arts.  
27 y 28 de la ley de Régimen jurídico de la Administra=  
ción del Estado de 26 de julio de 1957. El art. 27 di

No se trata de un problema técnico o formal si no que presenta su mayor importancia desde el punto de vista de las garantías de la libertad. Por un lado una -- ley puede ser modificada por otra ley que puede agravar -- la penalidad o tipificar delitos nuevos lo que nos coloca en el terreno de las limitaciones que presenta el principio de legalidad. Retroactivamente este dominio sobre la -- legalidad se limita en virtud de la no-retroactividad de -- las leyes penales que creen tipos delictivos nuevos o agra -- ven las penas ya existentes. Hacia el futuro la garantía -- de una autolimitación del dominio sobre la legalidad des -- cansa nuevamente en la conciencia democrática del gobernan

---

ce que "los reglamentos, circulares, instrucciones y -- demás disposiciones administrativas de carácter gene -- ral no podrán establecer penas ni imponer exacciones, -- tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas -- similares salvo aquellos casos en que expresamente lo -- autoriza una ley votada en Cortes"; el art. 28 dice: -- "serán nulas de pleno derecho las disposiciones adminis -- trativas que infrinjan lo establecido en los artículos -- anteriores".

te (452). El riesgo fundamental se presenta con el Decreto-ley reconocido también como fuente del Derecho penal. Por el órgano del que procede es un acto del Poder ejecutivo que puede verse tentado a hacer uso del mismo,

---

(452) Este problema presenta un matiz nuevo ligado al carácter secundario del Derecho penal: "el Derecho penal debe representar la "última ratio legis", - encontrarwe en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del Derecho penal no es más que una exigencia ética - dirigida al legislador", Maurach, O.c., pág. 31. Sin embargo como observa Maurach se ha producido una hipertrofia cuantitativa (número de tipos de conducta punible) e hipertrofia cualitativa (gravedad de las conminaciones penales). Aunque el campo del "interés público" haya experimentado un gran incremento, "la experiencia enseña que para la burocracia es mucho más sencillo promulgar un conjunto caótico de leyes, ordenanzas y decretos, sancionando su infracción, en virtud de disposiciones complementarias, con enas criminales, a proceder con la cautela precisa en la regulación de la materia fundamental y amenazar tan sólo los casos graves con -



máxime si el control parlamentario sobre la necesidad o la urgencia es mínimo, tipificando delitos, agravando - las penas o reduciendo las garantías procesales, a fin- de fortalecer su posición de poder. En este sentido en- tiendo como garantía inexcusable que en materia sustan- tiva penal (tipificación de delitos y señalamiento de - penas), sobre todo si se refiere a orden público en el- sentido ya expuesto, el principio de legalidad debe ser entendido en su acepción más estricta, esto es, los de- litos y las penas deben ser regulados de modo exclusivo por ley aprobada por el Parlamento, sin que por ello se trate de olvidar las limitaciones que presenta el propio Parlamento.

---

penas criminales, evitando en lo posible un divorcio entre norma y conminación penal... La hipertrofia -- cualitativa del derecho penal constituye, en general, una caracte ística del Estado totalitario que preten- de afianzarse por brutales amenazas penales, renuncian do a la proporción de culpabilidad entre hecho y pena. Si de la proliferación numérica de las siempre comple- jas conminaciones penales ha resultado la imposibili- dad de distinguir entre acción punible y no punible, - de la hipertensión del ámbito de lo punible se ha de- rivado la insensibilidad de los sometidos al poder: la pena se desvalora (pasa a ser) un riesgo social "Mau- rach, O.c., págs. 31-2.

Los bandos militares en estado de guerra han sido regulados en la ley de Orden público de 1959 en su -- art. 39, 3 en términos confusos; así el apartado d) de dicho artículo dice: "el bando habrá de contener los siguientes extremos... los hechos punibles que queden sometidos a la Jurisdicción militar, y, si se considera necesario, la penalidad que les corresponda, sin que, en ningún caso, puedan establecerse penas istintas de las contenidas anteriormente en las leyes". De todos modos parece claro que se trata únicamente de la asunción de competencias atribuídas a los Tribunales ordinarios, sin concederse, bajo ningún concepto, la posibilidad de crear -tipos penales nuevos; pero el problema de las penas se -plantea en aquellos casos en que la penalidad del Código de Justicia militar es más grave que la pena señalada en el Código penal o en las leyes especiales.

En segundo lugar la tipicidad presenta las limitaciones propias del carácter formal de la ley. Como -ha observado Rodríguez Devesa a consecuencia de la abs--tracción y generalización de la norma y por la necesidad de utilizar el lenguaje, que es cambiante, la tipicidad =tiene el valor de un postulado; más que una realidad es--un ideal. Esto ha obligado a replantear, así la doctrina alemana y la legislación penal alemana, el alcance del -principio de legalidad de los delitos y las penas, en una

interpretación no estricta pero favorecedora de las garantías y el derecho del inculpado a un juicio justo.

La tercera limitación tiene una relevancia especial en el caso español: la relación de alternatividad, esto es, aquellos casos en que un mismo hecho se encuentra previsto en normas distintas y con penas distintas. Este problema ha sido visto con especial claridad por el profesor Rodríguez Devesa analizando el paralelismo entre el Código penal y el Código de justicia militar; en materia de seguridad exterior, en lo relativo a los delitos de traición y ultrajes a la nación española, observa el citado profesor que "urge poner fin a la dualidad legislativa. Dentro de un mismo ordenamiento jurídico es absurdo que una y la misma conducta tenga distintas penas en dos leyes diferentes. Y mucho más cuando la diversidad de penas depende de la jurisdicción que aplique la ley penal, es decir, no de razones sustantivas sino procesales. Pero el absurdo rebasa toda medida cuando se dictan preceptos penales de índole meramente decorativa como sucede... (en aquellos casos en que) por ser siempre competente, en el caso de dualidad en la reg lación, la jurisdicción militar que aplica siempre el Código de Justicia militar, quedando las previ siones del Código convertidas en letra muerta" (453), algo

---

(453) "Derecho penal español. Parte especial", pág. 549.

que puede aplicarse perfectamente en materia de seguridad interior. El propio Rodríguez Devesa comentando las leyes 42/1971 de 15 de noviembre y 44/1971 de la misma fecha, que afectan al Código penal y al de Justicia militar, observa que "se atribuyen a jurisdicciones distintas hechos sustancialmente idénticos, con la peculiaridad de que la decisión sobre la competencia de unos u otros tribunales afecta al derecho sustantivo" (454). Y en este sentido parece indudable que no tiene razón de ser la atribución a la Jurisdicción militar el enjuiciamiento de hechos que nada tienen que ver con lo militar (455).

---

(454) Ibidem, pág. 787

(455) Como observan Gómez Orbaneja y Herce Quemada al analizar los arts. 6 y 7 del Código de justicia militar de 17 de julio de 1945, en el enfoque general de los Tribunales especiales, "por un lado, se crean estos tribunales para que, con exclusión de los ordinarios, conozcan de determinados delitos designados por sus caracteres generales, y sobre determinadas clases de personas, también genericamente designadas (por todos o sólo por determinados delitos). Responde entonces la institución a la especialidad del delito; v. gr. al bien jurídico lesionado (disciplina=

La existencia de Tribunales y procedimientos especiales, unido al problema señalado en el párrafo anterior, es una constante en la historia española que arranca ya, en el período constitucional, desde 1820. Parece percibirse una desconfianza hacia la jurisdicción ordinaria y al procedimiento ordinario, si bien esta queda revestida siempre en otras razones tales como la necesidad de ejemplaridad de la sanción o el derecho de la sociedad a defenderse. Bueno será prestar atención a las siguientes palabras de Gómez Orbaneja y Merce Quemada: "El carácter secundario del derecho procesal enal con relación al derecho penal sustantivo no debe entenderse en el sentido

---

de las fuerzas armadas, seguridad militar, fines y medios de acción del Ejército, interés de éste, etc.);= considérase que dado el objeto del delito, conviene mejor a su represión y al interés tutelado un juez y un procedimiento "sui generis"; y al lado de esto persiste en aquélla un residuo importante de fueros personales. En ambas formas, sirve la jurisdicción especial para satisfacer con carácter permanente lo que se estima ser una necesidad estatal. Por otro lado, se crean o aprovechan los tribunales militares como medidas transitorias de emergencia, sea para figuras de delito ya existentes, o para figuras nuevas o tempora

de que ambos hayan de estar informados por los mismos - principios y sometidos a las mismas corrientes. El fin= del proceso criminal es la actuación o realización del= derecho material, no el fin mismo de este último dere== cho. La distinción podrá parecer sutil, pero cobra toda su importancia práctica cuando, más o menos consciente= mente, se pretende que cambios de intensidad o dirección en la sanción pun tiva hayan de reflejarse en la estruc= tura formal del proceso. Es achaque corriente, que se ma= nifiesta a menudo en leyes penales especiales, y sobre - el que bastaría apuntar a los llamados "procedimientos - de urgencia", suponer que cuando la defensa social exige una mayor severidad en la sanción de las conductas de == los individuos y establecer más figuras de delito y penas más graves, desaparezca o disminuya por ello el interés - del Estado en la cuidadosa y más fiel comprobación de es=

---

les (delitos incluidos en los Bandos de las autori= daðes o jefes militares; aún más acentuadamente: de= litos de acaparamiento, infracciones de tasas, desas= tres ferroviarios, etc.), y se le asigna el conoci= miento de los delitos comunes sin distinción de per= sonas inculpadas. Así extendida, la institución im= plica una derivación del derecho de estado de guerra; "Derecho procesal penal" 6ª ed. Madrid, 1968, pág. 38

tas conductas. Pero tal cosa no es cierta. Si se quiere en otros términos: un derecho penal más "autoritario" no supone en modo alguno un proceso penal menos "liberal".= Incluso puede afirmarse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la injerencia de la colectividad a través del derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés público en la escrupulosa comprobación de la necesidad concreta de tal injerencia. El proceso penal (sic) sirve al derecho penal con sus propios medios y obedeciendo a sus propios principios. Pero de la bondad intrínseca de su regulación depende la realización efectiva del fin del derecho penal, tanto o más que de la regulación sustantiva misma. Según una frase feliz de Goldschmidt (Prozess als Rechtslage, pág. 343), "vale más mejorar la policía judicial -- que agravar la amenaza de la ley penal". Y por "policía judicial" hay que entender aquí un modo abreviado de designar todo el complejo, orgánico y funcional, que el derecho procesal penal regula, y a cuyo servicio son puestas a contribución una serie de ciencias auxiliares" (456)

---

(456) Ibidem, págs. 12-13.

TITULO CUARTO: Concepto y caracteres del orden  
público.



Desde la perspectiva jurídica, el orden público se presenta influenciado por un doble tipo de puntos de vista que propicia la confusión. Por un lado, como ausencia de desórdenes (orden público material) es un concepto universalmente admitido; ahora bien, una ojeada -- histórica a la legislación habida en un país o a la de -- distintos países en un momento muestra claramente que si la pretensión y el efecto es siempre el mismo (ausencia de desórdenes), sin embargo conductas objetivamente idénticas en unos casos alteran el orden y en otros no. Tanto en un caso como en otro el orden público es resultado del cumplimiento del Derecho, pero la ley, y en consecuencia el orden, se estructura de maneras diferentes. La ausencia de desórdenes es así el efecto de la aceptación de la ley, la aceptación del orden jurídico-estatal que a su vez se estructura como principio de legitimación de la actuación del poder estatal.

En su sentido amplio, en relación con el orden jurídico estatal, podemos definir el orden público como -- un concepto jurídico indeterminado que refleja la ideología dominante en un país y en una época determinada cuya violación se sanciona jurídicamente y se tutela desde el

poder y sus prerrogativas, a fin de garantizar la continuidad del sistema social y la defensa y estabilidad del poder. Como fórmula jurídica concreta, esto es, cuando a parece reflejamente, el orden público introduce, sobre - dichas características, un elemento de legitimación de - la intervención estatal a fin de restablecer el orden -le galidad y prácticas ideológicas de apoyo-eventualmente al terado. A partir de esta definición podemos decir que los= caracteres generales del orden público son los siguientes:

a) Ideológico

Como concepto ideológico hace referencia al con= junto de relaciones que define un sistema social y al modo de reproducción y mantenimiento de dicho sistema de re laciones.

El mismo Tribunal Supremo español ha definido también al orden público como "integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económi= cos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente= obligatorios para la conservación del orden social en un= pueblo y en una época determinada" (STS de 5 de abril de 1966). Pero lo ideológico, y en la misma medida el orden= público, no se reduce a un mero conjunto de representacio= nes sino que juega un papel en la totalidad de la acción= del Estado: la generalización y legitimación de intereses presentados como el interés general. El orden público en=

este sentido se refiere al conjunto de representaciones= que refuerzan y apoyan un concreto sistema de relaciones cuya aceptación y cumplimiento se presenta ideológicamente como la "paz social". El orden público debe mantenerse ante todo porque, aún pudiendo representar intereses= privados, los intereses de estos grupos han de ser aceptados como el interés general.

El orden público se convierte así en un feti=  
che social: su aprehensión recorta la realidad ocultando lo que se encuentra detrás de la materialidad del fetiche y engendra la falsa conciencia de que dicho recorte equivale a la aprehensión de toda la realidad. La insistencia en el carácter sustantivo del orden público en afirmaciones como las de Ranelletti: "son de orden público todas las normas jurídicas que expresan aquellos principios funda= mentales y que aseguran el respeto frente a los intereses particulares, garantizando con ello la existencia, la seguridad y el desarrollo normal del Estado y las bases morales y económicas de la organización y de la vida social (457), han contribuido a presentar el orden público como=

---

(457) "Instituzioni di Diritto Pubblico", pág. 34.

un valor en sí mismo, autónomo y desconectado de la realidad social en la que se enmarca y a la que defiende.

En base a un planteamiento exclusivamente jurídico a través del bien jurídico defendido, la paz social el Derecho ha sido el vehículo transmisor de la generalización. Estas virtualidades del Derecho como vehículo radican en su carácter formal y abstracto y en su justificación como instrumento válido de igualdad, justicia y libertad ya desde los albores del liberalismo. Así el ~~man-~~teamiento del sistema de relaciones creado o refrendado por el Derecho es la única garantía de la paz social. No podemos olvidar que ante el fracaso legitimador (y ocultador) del Derecho la ideología, el sistema de relaciones y valores puede ser impuesto por la fuerza. Consecuentemente y aunque el contenido del orden público sea fundamentalmente ideológico éste adquiere su plena relevancia en la medida en que es fijado desde el Derecho ratificando un concreto sistema de valores y relaciones en el sistema jurídico (instituciones) y, por otro lado, al ser tutelado el orden público desde las prerrogativas del poder sus titulares pueden fijar el alcance concreto del orden público cuando este aparece reflejamente limitando el ejercicio de los derechos o cuando lo invoca para justificar un determinado tipo de normas. De este modo los titu-

lares del poder crean o refrendan el sistema de relaciones y señalan el alcance de las prácticas ideológicas y de la realidad no reguladas expresamente por el Derecho.

b) Relativo

El concepto de orden público aparece como esencialmente variable y ligado a las distintas transformaciones sociales y a sus prácticas de apoyo. El concepto de orden público varía con el tiempo y varía en el espacio; y lo que es más fundamental varían también las técnicas de defensa del orden, lo que equivale a decir que varían las técnicas de limitación de la libertad y de ampliación del campo de ejercicio del poder de dominación. No es lo mismo la defensa represiva y "a posteriori" consecuencia de la afirmación del carácter absoluto de los derechos que la defensa preventiva. La primera se remite exclusivamente al Código penal y a la legislación sustantiva, la segunda es el campo de las denominadas "leyes de orden público", sin excluir la legislación represiva. En esta misma medida cuando los sistemas políticos no son homogéneos ni homologables, aunque las medidas de defensa puedan ser las mismas, el alcance global de la defensa varía al variar el campo de lo defendido; lo cual se agrava cuando el peso de las prerrogativas del poder es tal que en todo momento el equilibrio poder-libertad, legalidad-legitimidad

puede romperse al servicio de los titulares del poder. - La libertad, y el orden, al menos en este sentido, si---guen consistiendo, como para Montesquieu, en la seguridad.

c) Unívoco

El carácter esencialmente relativo del orden público no es obstáculo para que sincrónicamente sea unívoco, esto es que en un espacio determinado el campo de lo defendido no experimenta modificaciones fundamentales: es la defensa del orden creado desde la legalidad. Es por ello por lo que P. Bernard dice que el orden público es un concepto conservador. Es así como puede ser calificada una situación de ausencia de desórdenes y alteraciones como estado de normalidad, lo es en cuanto el orden estipulado desde el Derecho es respetado y cumplido tanto por el gobernante como por el ciudadano.

Ahora bien, como consecuencia de la división del Derecho en ramas y, sobre todo, como consecuencia de la dicotomía Derecho público-Derecho privado -lo público- expresa una regulación unitaria a diferencia de lo "privado" que regula antagonismos buscados que asigna distintos tipos de acción del Estado se han creado la falsa idea de que el orden público es diferente en cada caso. Sin embargo el Derecho como reflejo de una estructura social y de una concepción de la sociedad presenta la imagen de una -

organización total y coordinada y aunque las técnicas - de defensa y los órganos de defensa son distintos, la - realidad defendida es siempre la misma: el sistema de - relaciones legalmente establecido. Es, por ello, por lo que en lugar de hablar de orden público civil, laboral, internacional... es preferible referirse al orden públi- co en Derecho civil, en Derecho laboral, en Derecho in- ternacional... o el orden público de la defensa del sis- tema de poder legalmente establecido (en Derecho penal= y administrativo). No hay órdenes distintos sino, mucho más simplemente, manifestaciones distintas de una misma realidad.

d) Indeterminado

En la misma medida en que es relativo; pero es ta característica tiene un alcance concreto cuando el - orden ppublico no se fija institucionalmente -la ley es tablece las condicio es de ejercicio de los derechos y= del poder- sino que aparece como límite expreso al ejer- cicio de los derechos en fórmulas en que una vez recono- cidos se limitan "cuando su ejercicio atente al orden - público...". La importancia de este fenómeno residen en que determinados hechos no reg lados jurídicamente pue- den generar la aplicación sancionadora del Derecho por= los titulares de dicho poder.

e) Imperativo

El orden público, como orden establecido, como orden jurídico estatal se impone desde el Derecho, -- desde el poder y frente a él no cabe alegar excepción alguna. A su vez la infracción acarrea las sanciones más graves previstas en el ordenamiento.

El orden público no es sólo el reflejo del sistema de relaciones o el reflejo de la ideología dominante en una sociedad dada sino también su defensa desde la legalidad que establece el orden y la imposición de dicho sistema de relaciones.

f) Conservador

En consecuencia de lo anterior, el orden público es la defensa de los elementos institucionales en que se plasma el Derecho y la defensa de la toma y mantenimiento en el poder. Así el orden público fijando las relaciones poder-libertad supone un límitre al ejercicio de los derechos e introduce un elemento de justificación de la intervención del poder del Estado.

g) Función de cohesión del ordenamiento

El orden público actúa como "cemento" del ordenamiento dando coherencia y unidad. La invariabilidad --



del ordenamiento frente a la variabilidad social encuentra en muchos casos su corrección en una función de adaptación en base al orden público que figura como límite genérico al ejercicio de los derechos reconocidos en la ley. Esta función se ha desarrollado con frecuencia en el derecho civil por la jurisprudencia al interpretar normas facultativas como imperativas y viceversa según lo requiera las exigencias sociales del momento o el revestimiento "legal" de un juicio de equidad. Así Villar y Romero, aunque no compartamos la primera parte de su razonamiento, señala en relación al Código civil español que "no siempre que interviene un postulado de orden público se está en presencia de Derecho público, sino que debe concebirse aquel como un módulo que sirve para acomodar el Derecho al plan del Estado en cada momento determinado, tendiendo a atenuar la rigidez de aquel para conjugarlo con las necesidades sociales propias de cada momento" (458).

---

(458) "La distinción del Derecho en público y privado"  
págs. 64-65.

**CONCLUSIONES:**

## 1.- Conclusiones

I.- El orden público es uno de los elementos centrales - del análisis de los fenómenos de poder. En la medida en que el Derecho crea un orden, el orden público se identifica con el acatamiento del Derecho establecido, si bien el orden público presenta su peculiaridad más notable -- cuando aparece como límite expreso al ejercicio de los - derechos ("cláusula de orden público").

II.- Lo "público" =el carácter público del orden- represen- ta la unidad frente al conflicto; frente a la disper- sión de lo privado introduce un elemento legitimador que - justifica la intervención del Estado.

III.- El orden público, como concepto eminentemente ideo- lógico, supone la expresión jurídica, abstracta y - reificadora..., del interés general, estructurado en la - reificación y abstracción del in erés del hombre concreto.

IV.- El orden público cumple un papel ideológico que a me- nudo oculta los intereses de los grupos dominantes - en la defensa del "interés general", de la "paz", y "tran- quilidad pública"... Este interés general se estructura - sobre la ley y como tal interés general debe ser aceptado. Si no es aceptado voluntariamente queda abierto el recur-

so a la fuerza. Desde su perspectiva ideológica el orden público cumple una función de continuidad del sistema social, justificada como defensa del interés general.

V.- El orden público se caracteriza por ser un concepto: ideológico: legitima un modo concreto de ejercicio - del poder; relativo: condicionado por las circunstancias de tiempo y lugar e indeterminado; unívoco: en cuanto - cumple una función de defensa y coherencia del ordenamiento, definida en cada caso por la relación concreta a la - que afecta; imperativo: frente al mismo no cabe alegar excepción, se impone de modo incondicionado; y conservador: defiende el orden establecido.

VI.- La relación entre orden público y orden establecido ha llegado a que se identificaran, en el lenguaje - jurídico ordinario, ley imperativa y norma de orden público al entender este segundo como el interés defendido por la ley. El mismo carácter imperativo tienen, en Derecho - internacional privado, las cláusulas de aplicación inme=diata o la imposición "sin condiciones" del orden público penal, criminal o administrativo. En consecuencia, la infracción de orden público acarrea las sanciones más gra=ves del ordenamiento.

VII.- Esta defensa del sistema establecido se traduce en

el campo de la libertad de contratación en la irrelevancia del principio de igualdad de las partes contratantes. El orden público tutela, en este campo, el propio modo de producción y el sistema de intercambio dominado por los monopolios y bajo la fórmula del contrato de adhesión. En aras del tráfico jurídico la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes pasan a segundo término, sin que la falta de igualdad invalide el contrato.

VIII.- El orden público penal, criminal y administrativo, tutela de modo primordial la toma y mantenimiento y eventual sucesión en el poder y en el ejercicio de sus plusvalías políticas adicionales. Esta defensa se lleva a cabo a través de los tribunales y de la actividad de policía del ejecutivo. Frente a las garantías del tipo y del proceso penal, el control desde el Ejecutivo se enmarca en el carácter indeterminado del orden público y en el seno de sus inmunidades y privilegios, entre las que destaca el control que ejerce sobre la legalidad y por tanto sobre las formas de criminalidad y de represión de dichas formas. Frente a estas eventualidades hay que afirmar como garantía política insoslayable la igualdad de "chance" política de todos los grupos en la conquista del poder.

IX.- La defensa del orden público no es, sin embargo, una defensa ejercida de modo exclusivo por el Ejecutivo -Gobierno y Administración-, aunque sí lo es de mo-

do preponderante en los regímenes autoritarios. La defensa del orden público requiere también la actuación del == poder legislativo y del judicial.

X.- La aplicación de la cláusula de orden público por el Ejecutivo, su apreciación de la infracción, supone la remisión de los límites al ejercicio de los derechos y libertades a la apreciación por la autoridad o el funcionario de las condiciones de hecho de dicho ejercicio: las - condiciones de hecho hacen legales medidas que en otro == caso no lo serían.

XI.- Los riesgos de la cláusula de orden público, máxime= en un contexto no democrático de ejercicio de pode== res de policía da la libertad, no residen tanto en que el orden pueda ser injusto cuanto en que es interpretado des de las inmunidades y privilegios del Ejecutivo, disminu== yendo la eficacia de las garantías ciudadanas, tanto cuan do estos privilegios se plasman a nivel de ejercicio de - sus funciones a los órganos de otros poderes. Así el con trol del "iter legis". Es igualmente una característica, al menos en el caso español, el sometimiento de los tri= bunales, (quienes ejercen) o al menos el deseo de someter= los, a los intereses de quienes ejercen el poder. En es= te sentido se puede destacar la gravedad de las penas que

consagra el Derecho y la creación de determinados tipos= de criminalidad, que deben ser apreciados por los Tribunales pero cuya creación no les corresponde; o los procedimientos de urgencia, con el riesgo del quebrante de las - garantías procesales en aras de la ejemplaridad.

XII.- Estas inmunidades, privilegios o plusvalías políticas adicionales al ejercicio legal del poder pueden ser definidas como el conjunto de técnicas jurídicas al - servicio de la pretensión de verdad de quien ejerce el poder que puede traducirse en la declaración de ilegalidad= de quienes se oponen a dicho ejercicio del poder.

XIII.- Concretándonos ya a la defensa del orden público= en la legislación española (1812-1976) un análisis historico presenta las siguientes características: 1.- Has ta 1870 su defensa se mueve alternativamente entre una ac ción puramente represiva (progresista): la reacción del - Estado solo se produce una vez que el orden es perturbado= y son los tribunales los encargados de la represión; y una acción preventiva (conservadores) que, sin negar los - aspectos represivos e incluso reforzándolos, trata de evi tar que el desorden se produzca, concediendo determinados poderes al Ejecutivo o atribuyendo competencias al Ejerci to. La ley de orden público de 1870 supone el triunfo de= finitivo de este segundo planteamiento.

XIV.- 2.- La defensa del orden público se justifica, en un primer momento, como defensa de la tranquilidad ciudadana hasta acabar entendida como defensa de la seguridad interior del Estado, del ejercicio -sin alteraciones- del poder por sus titulares y en la defensa de los aparatos ideológicos e instituciones. Este último carácter se agudiza a partir de los primeros intentos de organización de la clase obrera en España, adquiere tonos aún más nítidos en la Restauración y apenas admite dudas a partir de 1939.

XV.- 3.- Suspensión de garantías. la progresión recorre todos los matices desde la suspensión parlamentaria -por medio de ley- regulada en la Constitución de 1812 hasta la suspensión por decreto-ley, sin ningún control parlamentario, del art. 35 del Fuero de los españoles. A este proceso deslegalizador acompaña un progresivo incremento de las libertades y garantías que pueden ser suspendida

XVI.- 4.- Las leyes de orden público (1870, 1933, 1959) - presentan las siguientes características: 4.1.- son leyes de desarrollo constitucional cuyo contenido se refiere a la autoridad competente y a las competencias correspondientes en cada una de las situaciones de suspensión de garantías y que en segundo lugar, "establecen" un procedimiento especial (de urgencia) o atribuyen la compe



petencia, por delitos cometidos en estas situaciones, a la jurisdicción militar.

XIII.- 4.2.- Son normas cuya vigencia, en principio, se limita a los momentos en que se suspenden las garantías constitucionales; si bien todas ellas o incluyen normas de aplicación en períodos de normalidad o es admitida esta interpretación posteriormente.

XVIII. 4.3.- Es una legislación adjetiva caracterizada por un progresivo incremento de los poderes del Ejecutivo... que viene acompañada de una legislación sustancial paralela. Es, al tiempo, una nota dominante la desconfianza frente al poder judicial y al procedimiento ordinario; incluso en las legislaciones progresistas como lo muestra la ley de 1821.

XIX.- Desde esta perspectiva de las leyes de orden público, la ley de Defensa de la República de 1931 supone la explicitación del art. 2 de la ley de orden público de 1870 a las conductas que pueden atentar al nuevo orden establecido. La crítica hecha por los conservadorees y monarquicos -recogida con posterioridad incluso por no conservadores- tiene su razón de ser en que el cambio de poderes, al tiempo, cambio de los titulares de las plusvalías políticas adicionales. La ley de Defensa de la República -

es una hipoteca a la Constitución, en la misma medida - en que lo son todas las leyes de orden público. Por ello mismo, la ley de Defensa de la República será derogada a los pocos días de promulgarse la ley de orden público de 1933.

XX.- La ley de 1959, en su art. 2, suscribe un concepto= amplio de orden público que incluye, junto a la defensa de la seguridad interior, la defensa de los mercados, la sanidad nacional... Sin embargo las leyes posteriores, en particular la ley de creación del Juzgado y Tribunal de Orden público, reducen el alcance de la competencia de este Tribunal a materias de seguridad interior.

XXI.- La ley de orden público de 1959 y las leyes posteriores -legislación anti-terrorista, ley de creación de Juzgado y Tribunales de Orden público, leyes 42/-1971 y 44/1971 de modificación de determinados artículos del Código penal y del Código de justicia militar y ley de 1971 modificadorq de la ley de orden público- suponen el triunfo definitivo de la legislación autoritaria. El incremento de poderes preventivos en el Ejecutivo en materia de orden público alcanza un grado máximo cuando el estado de excepción (art. 35 FE) puede ser declarado por el gobierno bajo su única responsabilidad.

XXII.- Estas plusvalías e inmunidades se traducen en el sistema español de defensa del orden público, a partir de la guerra civil (1936-1976), en: a) control de la iniciativa legislativa y escaso o nulo control parlamentario de la legislación por decreto-ley; b) declaración por el Gobierno de la suspensión de garantías sin ningún control parlamentario; c) gran profusión de normas especiales tipificando delitos de peligro abstracto, suma minuciosidad en la tipificación de actos preparatorios, tipificación de delitos por el resultado y pena de muerte como pena única; d) disminución de garantías procesales, creación de tribunales especiales y asignación de competencias a la jurisdicción militar en cuyo caso la decisión sobre el procedimiento supone también decisión sobre la norma a aplicar; e) coexistencia de responsabilidad penal y administrativa; el sobreseimiento o absolución de la primera no implica sobreseimiento o absolución de la segunda, que ha venido imponiéndose de plano, esto, es, sin cumplir el trámite de previa audiencia; f) control de procedimiento de revisión judicial: existencia del recurso en vía administrativa e incumplimiento generalizado de los plazos de resolución del expediente o de remisión del mismo a los tribunales; g) escasa revisión judicial de decisiones administrativas en aquellos casos en que no se habla de acto político o se excluye expresamente el control judicial; h) el ejercicio de estas facultades se am

para en el principio de presunción de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

2.- Proposiciones:

XXIII.- Proposición general: Partiendo de que: a) la legislación de orden público debe ser de carácter excepcional y circunscrita a aquellos momentos en que estuvieren suspendidas determinadas garantías ciudadanas; b) que la defensa del orden público se identifica con la defensa del orden jurídico establecido; c) que el orden público a la vez que límite a las libertades debe suponer una garantía de la libertad; d) que las garantías democráticas de los derechos y libertades exigen un máximo de control y responsabilidad del Ejecutivo -Gobierno y Administración- ante el Parlamento y los Tribunales; e) que las competencias del Ejecutivo en esta materia deben ser siempre excepcionales y en situaciones de anormalidad constitucional reconocida por el Parlamento y sometidas a su control:

XXIV.- Supresión del doble orden sancionatorio penal -criminal y administrativo- y del sistema de control de la libertad por el Ejecutivo o, en su caso, supresión de la ejecución de los actos administrativos en materia de libertades públicas en tanto el acto no sea firme o se hayan pronunciado los tribunales de lo penal.

XXV.- Supresión de las inmunidades y privilegios administrativos -solo el juez debe dictar medidas provisionales a la vista del caso y las razones alegadas por las partes, y no la Administración amparada en la presunción de legalidad. "A fortiori" carece de sentido la supresión del trámite de previa audiencia, sinrazón reconocida por la última Jurisprudencia, en el procedimiento administrativo del Ministerio de Gobernación (1947), en contradicción además con el art. 19 del Fuero de los españoles y con la propia ley de procedimiento administrativo.

XXVI.- En el contexto de una justicia independiente -máxime garantía institucional del procesado y punto de partida fundamental de la separación de poderes- carece de sentido la creación de tribunales especiales ni siquiera (ficticiamente) dentro de la jurisdicción ordinaria. Mucho menos tiene sentido la competencia en esta materia de jurisdicciones especiales como la militar, máxime cuando, como en el caso español, la decisión sobre la competencia encierra también decisión sobre la norma aplicable ("Cláusula de alternatividad").

XXVII.- Si bien puede reconocerse la prioridad de los procesos por conductas atentatorias al orden público, por razones de ejemplaridad, en ningún caso se justifica la disminución de las garantías de la seguridad personal en base a la necesidad de una rápida ejemplaridad.

XXVIII.- El Código penal debe constituir la única garantía y limitación del ejercicio del poder y la libertad - manteniendo siempre la defensa del principio de igualdad de acceso de todos al ejercicio del poder y de sus plusvalías y el principio de proporcionalidad entre conductas y sanción.

XXIX.- Control parlamentario de la declaración del estado= de excepción, ya sea su declaración un requisito "sine -- qua non" ya sea "a posteriori" luego de un pequeño plazo= de vigencia de su declaración por el Ejecutivo; en este - segundo caso este plazo, que no debe ser superior a siete días, debe estar señalado taxativamente y sin poder hacer uso de otras facultades que las anteriormente aprobadas -- por el Parlamento. Si en el plazo de siete días el Parlamento no llegara a adoptar ninguna decisión, se entenderá= finalizada la declaración de suspensión de garantías. En = este contexto ha de afirmarse la supresión del art. 10 d) de la ley orgánica del Estado.

En segundo lugar control judicial: a) ordinario: de las medidas adoptadas por el Ejecutivo; b) especial a= través de un tribunal constitucional de la misma declaración, que examine con urgencia la proporcionalidad de la= medida, y por tanto su constitucionalidad. Este segundo - aspecto tiene un mayor interés en un sistema parlamentario.

En materia de orden público las garantías no pueden radic  
car sólo en los controles interorgánicos sino sobre todo  
en el control de los intereses del bloque y del grupo en  
el poder.

XXX.- El único requisito para la declaración del estado= de excepción debe ser una grave amenaza para el orden pú blico que determine la insuficiencia de las facultades - ordinarias. Los límites deben ser la imposibilidad de re visión de la constitución, la imposibilidad de prorrogar lo indefinidamente, la inderogabilidad -en cualquier ca- so, pero aún más en éste- de las garantías procesales y - jurisdiccionales y la indisolubilidad del Parlamento y - su reunión de pleno derecho. La declaración debe incluir taxativamente la duración de la medida. Finalizada la sus pensión todas las medidas adoptadas deberán entenderse - derogadas. La constitucionalidad de la declaración debe= ser fiscalizada por un tribunal constitucional.

XXXI.- En cualquier caso, el orden público -cuando la -- competencia de su defensa se atribuye al Ejecutivo- como concepto jurídico indeterminado no es un concepto discre cional que conceda una pluralidad de soluciones). Solo - hay una solución válida: la que pone fin a la alteración

y, a su vez, no altera el orden público. Los criterios - de actuación deben ser: amenaza grave para el orden público, principio de defensa de la libertad, proporcionalidad entre la medida y la conducta, igualdad ante la ley.



## Bibliografía

- AGUILAR NAVARRO, "Derecho internacional privado", Vol. I t. I; parte primera; 3ª ed. Fac. de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1974.
- ALARCON CARACUEL, "El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)", Rev. de trabajo, Madrid, 1975.
- ALTHUSSER, "Escritos", LAIA, Barcelona, 1974.
- ALTHUSER, "Montesquieu: la política y la historia", Ariel Barcelona, 1974.
- ARON, "Ensayo sobre las libertades", Alianza editorial, Madrid, 1966.
- ARTOLA, "La burguesía revolucionaria (1808-1869)", Historia de España Alfaguara, t. V; Alianza editorial, Madrid 1973.
- ARTOLA, "Partidos y programas políticos 1808-1936", T.I, "los partidos políticos", Ed. Aguilar, Madrid, 1974.
- AZCARATE, G., "El régimen parlamentario en la práctica", 2ª ed. Librería de F. Fe, Madrid, 1892.
- BARBERO, M., "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto 21 de septiembre de 1970", Estudios de criminología y Derecho penal; Valladolid, 1972.
- BATTIFOL-LAGARDE, "Droit international privé", L.G.D.J., T. I 5ª ed, paris, 1970.
- BERNARD, "La notion d'ordre public en Droit Administratif", L.G.D.J., Paris 1962.

BRAIBANT, QUESTIAUX, WIENER, "Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens" (étude comparative) Ed. Cuyas, Paris, 1973.

BRETTON, "L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée", L.G.D.J., Paris, 1964.

BROCHER, "Théorie du droit international privé", Rev. dr. int. leg. comp. 1971.

BURDEAU, "Traité de Science politique", T. III, 2<sup>e</sup> ed. = L.G.D.J. Paris, 1968

BURDEAU, "Les libertés publiques", L.G.D.J., Paris, 1966

BURGOA, "Las garantías individuales, 6<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1970.

CAMUS, "L'état d'urgence en démocratie" L.G.D.J., Paris, 1965.

CAPITANT, "De la nature des actes de gouvernement", Etudes juridiques a LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, Paris, 1964.

CARRILLO SALCEDO, "Derecho internacional privado.- Introducción a sus problemas fundamentales", Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

CARRO, "La doctrina del acto político", R.A.P. nº 53.

CASTELLES ARTECHE, "El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España", Ed. Seminarios y Ediciones S.A. Madrid, 1974.

- CASTILLA DEL PINO, "La incomunicación", Ed. Península, -  
Barcelona, 1970.
- CASTRO Y BRAVO, F. de "El negocio jurídico", Instituto -  
nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1967.
- CLAPS-LIENHART, "L'ordre public, essai", Bosc Freres, -  
M & L. Riou, Lyon, 1934.
- CUELLAS, "El trienio constitucional", Estudios generales -  
de Navarra, Madrid, 1963.
- CRESPO DE LARA, P., "El artículo 2º, la prensa ante el Tri-  
bunal Supremo", Ed. Prensa Española, Madrid, 1975.
- CRUZ VILLALON, P., "El estado de sitio como forma de pro-  
tección extraordinaria del Estado" (tesis, inédita); u-  
niversidad de Sevilla, Fac. de Derecho, 1975.
- DELLA VOLPE, "Crítica a la ideológica contemporánea", Ed.  
Comunicación, Madrid, 1970.
- DIEZ DELCORRAL, "El liberalismo doctrinario", Instituto -  
de estudios políticos, Madrid, 1956.
- DORAL, "La noción de orden público en Derecho civil es-  
pañol", Eunsa, Pamplona, 1967.
- DRAGO, "L'état d'urgence et les libertés publiques", RDP  
1956.
- DRAN, "Le contrôle juridictionnel et les garanties des-  
libertés publiques", L.G.D.J., Paris, 1966.

DOMINGUEZ ORTIZ, "Las clases privilegiadas en el Antiguo régimen", Ed. Istmo, Madrid, 1973.

DUEZ-DEBEYRE, "Traité de Droit administratif", Dalloz, - Paris, 1952.

DUGUIT, "Manual de Derecho constitucional", t.I, Fco. -- Beltrán, Madrid, 1921.

DUMONT, "Les idéologies", Presses universitaires de France, Paris, 1974.

EISENMANN, "L'esprit des lois et la séparation de pouvoirs", Melanges Carré de Malberg, Paris, 1933.

ENTRENA CUESTA, "Curso de Derecho administrativo" 3ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

ESTEBAN, J. de, y otros "Desarrollo político y Constitución española", Ed. Ariel, Barcelona, 1973.

FERNANDEZ, T.R., "La doctrina de los vicios de orden público" Instituto de Estudios de administración local, - Madrid, 1970.

FERNANDEZ ALMAGRO, "Historia política de la España contemporánea, Alianza Editorial, Madrid, t. I, 1972; t. II - 1969; t. III, 1970.

FERNANDEZ AREAL, "La libertad de prensa en España", Ed. e Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1971.

FERRARA, "Trattato di Diritto civile", Vol. I, Athenaeum, Roma, 1920.

FREUND, "La esencia de lo político", Editoria nacional, Madrid, 1968.

FUENMAYOR, "Estado y religión, el art. 6º del Fuero de los españoles, R.E.P., nº 52.

GARCIA DE ENTERRIA, "Revolución francesa y administración contemporánea, Taurus, Madrid, 1972.

GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder" Cuadernos Civitas, Madrid, 1975

GARRIDO FALLA, "Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas", R.A.P., nº 28.

GOLDSCHMIDT, "estudios yusprivatistas internacionales",= Universidad de Rosario, Rosario 1969.

GOMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, "Derecho procesal enal", - 6ª ed. Madrid, 1968.

GOMEZ-REINO, "Las infracciones a art. 2º de la ley de Prensa" R.A.P., nº 69.

GONZALEZ GRIMALDO, "Potestad sancionatoria y carga de la prueba", R.A.P., nº 53.

GONZALEZ NAVARRO, "Procedimiento administrativo" III parte, Escuela nacional de administración pública, 1965.

GONZALEZ PEREZ, "La revisión de la ley de Procedimiento administrativo", Documentación administrativa, nº 62-63.

GONZALEZ PEREZ, "El procedimiento administrativo", publicaciones Abella, Madrid, 1964.

GONZALEZ PEREZ, "comentariós a la ley de orden público", Abella, Madrid, 1971.

HAMSON, "Pouvoir dicrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration", L.G.D.J., Paris, 1958.

HAURIOU, "Principes de Droit Public", 2ª ed. Sirey, Paris 1916.

HAYEK, "The constitution of liberty", Chicago, 1960.

HERNANDEZ GIL Y OTROS, "Estructuralismo y Derecho", Alianza Editorial, Madrid, 1973.

JAKUBOWSKY, "Las superestructuras ideológicas en la concepción materialista de la Historia"; Comunicación, Madrid, 1973.

JEANNEAU, "Droit constitutionnel et institutions politiques", 2ª ed. Dalloz, Paris, 1968.

JIMENEZ ASENJO, "Antecedentes, texto y doctrina de la ley de Orden público de 30 de julio de 1959", IEP. Madrid, 1961.

KELSEN, "Teoría general del Derecho y del Estado" (trad. de Eduardo García Maynez), Imp. Universitaria, Mexico - 1949.

KOENING, "Protection des libertés publiques dans le régime d'état d'urgence" Revue Administrative, 1958.

LABROUSSE, LEFEBVRE? SOBOUL... "Las estructuras y los hom  
bres" (trad. M. Sacristán), Ed. Ariel, Barcelona, 1968.

LACROIX, "Le public et le privé", Cahiers de l'institut -  
de Science economique appliquée, 1961, nº 11.

LAMARQUE, "La theórie de la nécessité et l'article de 16=  
de la Constitution de 1958", R.D.P., 1961.

LAMARQUE, "Legalité constitu ionnel et contróle juridiction  
nel des actes pris en vertu de l'article 16", J.C.P., -  
1962.

BORNE, LAPIERRE y otros, "Ideologías en elmundo actual", -  
Doposa, Barcelona, 1972.

LOEWENSTEIN, "Teoría de la Constitución", (trad. esp. A.  
Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 1965.

MANNHEIM, "Ideología y utópía" (trad. Eloy Terrón), Agui  
lar, Madrid, 1966.

MARTENS, "Offentlich als Rechtsbegrill", Verlag Gehlen.-  
Bad. Hamburg. v.d. H. Berlín Zurich, 1969.

MARTIN RETORTILLO, "Las sanciones de orden público en De-  
recho español", Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973 .

MARTIN RETORTILLO, L., "La cláusula de orden público como  
límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los de-  
rechos", Cuadernos Civitas, 1975.



- MARTIN RETORTILLO, L. "Libertad religiosa y orden público" Tecnos, Madrid, 1970.
- MARX-ENGELS, "La ideología alemana", Pueblos unidos-Grijalbo Montevideo-Barcelona, 1974.
- MARTINEZ CUADRADO, "La burguesía conservadora", Historia de España Alfaguara, t. VI, Madrid, 1973.
- MAURACH, "Tratado de Derecho penal" (trad. J. Córdoba). - Ariel, Barcelona, 1962.
- MIAJA DE LA MUELA, "Derecho internacional privado", T. - I. Ed. Atlas, Madrid, 1969.
- MONACO-CANSACCHI, "Lo stato e il suo ordinamento giuridico" 6ª ed. Giapichelli editore, Torino, 1955.
- MONACO, "L'efficacia della legge nello spazio", 2ª ed. - Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1964.
- MORELLI, "La sospensione di diritti fondamentali nello stato moderno. (La legge fondamentali di Bon comparata con le Costituzioni francese e italiana)", Giuffré, Milano, 1966.
- PARAMIO, "Mito e ideología", Comunicación, Madrid, 1971.
- PARETO, "Traité de Sociologie Générale", edición francesa de P. Boreux, V. II, Librairie Payot, Lausanne Paris, - 1919.
- PEREZ LLANTADA, "La libertad religiosa", IRP, Madrid, - 1975.

- PEREZ SERRANO, "La constitución española de 1931", Revis  
ta de Derecho privado, Madrid, 1932.
- POULANTZAS, "Poder político y clases sociales en el estado  
capitalista", Siglo XXI, Madrid, 1972.
- POULANTZAS, "Hegemonía y dominación en el Estado moderno",  
Cuadernos del pasado y del presente, Ed. Siglo XXI, Cór  
doba (Argentina) 1973.
- QUINTANILLA; "Sobre el concepto marxista de ideología", -  
Sistema, octubre de 1974, nº 7.
- RANELLETTI, "Istituzioni di Diritto publico" y parte gene-  
rale, 14ª ed. Milano, 1953.
- RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho penal español, parte especial,  
5ª ed. Madrid, 1973; parte general, 4ª ed. Madrid, 1974.
- ROMANO, "Principii di Diritto costituzionale generale", -  
2ª ed. Milano, 1947.
- ROYO VILLANOVA, "Elementos de Derecho administrativo", -  
21ª ed. Valladolid, 1948.
- SAINZ DE BARANDA, "Colección de leyes fundamentales", A-  
cribia, Zaragoza, 1957.
- SANCHEZ AGESTA, "Principios de Teoría política" 4ª ed. -  
Editora nacional, Madrid, 1972.
- SANCHEZ AGESTA, "Principios de Teoría política" 4ª ed. -  
Editoria nacional, Madrid, 1972.
- SANCHEZ AGESTA, "Historia del Constitucionalismo espa-  
ñol", I.E.P., 2ª ed. Madrid, 1964.

- SANCHEZ AGESTA, "La función constitucional del juez" Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1967.
- SANCHEZ AGESTA, "El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional", REP, separata, Madrid, 1972.
- SANTAMARIA DE PAREDES, "Curso de Derecho administrativo", 2ª ed. Madrid, 1888
- SCHAFF, "Sociología e ideología", A. Redondo, Barcelona, 1969.
- SCHMITT, C. "Legalidad y legitimidad", Aguilar, Madrid, - 1971.
- SERRANO GUIRADO, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", RAP, nº 4 (1951).
- SOROKIN, "Sociedad cultura y personalidad" (Trad. de Anibal del Campo), 3ª ed. Aguilar, Madrid, 1966.
- SUAREZ, F. "Documentos del Reinado de Fernando VII. II.- Informes sobre el estado de España (1825)" (estudio preliminar y notas de ...) Universidad de Navarra, Pamplona, 1966.
- TUÑÓN DE LARA, "El movimiento obrero en la Historia de España" Taurus, Madrid, 1972.
- TUÑÓN DE LARA, "La España del siglo XIX", 4ª ed. LAIA, - Barcelona, 1973.
- TUÑÓN DE LARA "La España del siglo XX" (3 tomos), LAIA, Barcelona, 1974.

TUÑON DE LARA, "Historia y realidad del poder", Edicusa  
Madrid, 1973.

TUÑON DE LARA, "Estudios sobre el siglo XIX español", 3ª  
ed. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1963.

VILLAR Y ROMERO, "La distinción del Derecho en público -  
y privado", RGLJ, Enero de 1942.

VOISSET, "L'article 16 de la Constitution de 1958, LGDJ,  
Paris, 1965.